

**PATRICIA MANENTE MELHEM**

**DA INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NO DIREITO  
PENAL**

**CURITIBA**

**2008**

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ**  
**FACULDADE DE DIREITO**  
**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – MESTRADO**  
**PATRICIA MANENTE MELHEM**

**DA INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NO DIREITO  
PENAL**

Dissertação apresentada como requisito  
parcial para outorga do título de mestre no  
Programa de Pós-Graduação em Direito –  
Mestrado.  
Universidade Federal do Paraná.

Prof. Orientador: Dr. Luiz Alberto Machado

**CURITIBA**  
**2008**

## **TERMO DE APROVAÇÃO**

**PATRICIA MANENTE MELHEM**

### **DA INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NO DIREITO PENAL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná como requisito parcial para outorga do título de mestre em Direito e aprovada pela seguinte banca examinadora:

#### **Banca examinadora:**

**Orientador:**

**Prof. Dr. Luiz Alberto Machado**

**Prof. Dr. Gilberto Giacóia**

**Prof. Dr. João Gualberto Garcez  
Ramos**

Curitiba, OUT/2008.

*“Quem é fiel nas pequenas coisas também é fiel nas grandes, e quem é injusto nas pequenas também é injusto nas grandes”. (Lucas 16,10)*

***Para meus pais Cesar e Josane, e meu irmão Cesar,  
primeiros e constantes modelos na busca das “coisas  
do alto”.***

***Para meus avós Miguel e Vitório, Zita e Neusa, e com  
eles cada membro da família que tanto amo e de que  
me orgulho.***

## **AGRADECIMENTOS**

**Ao concluir este trabalho, em que tantos foram os que me acompanharam, agradeço:**

**A Paulo Roberto Fauz da Cunha, Renato Góes Penteado Filho e Luiz Vergilio Dalla-Rosa, amizades que as oportunidades profissionais me proporcionaram, cada um a sua maneira fez das lições de Direito, lições para a minha vida.**

**À Faculdade Campo Real, na pessoa de Antonio Cezar Ribas Pacheco, pela confiança em mim depositada, permitindo que eu faça todos os dias o que verdadeiramente amo: lecionar.**

**À Universidade Federal do Paraná, representada pelo Prof. Luiz Alberto Machado, assim expressando também minha gratidão a todos os nossos demais professores.**

**Aos colegas de trabalho e de mestrado, Adri, Mari, Ju, Ana, Guilherme e Mauricio, cada conversa nossa me faz uma pessoa e uma professora melhor.**

**Aos companheiros no Movimento de Cursilhos de Cristandade, cada vida um tesouro inestimável na construção da minha vida.**

**A todos os demais e felizmente numerosos amigos, representados aqui por Amélia Cristina Araújo, Tatiane Furtoso Imhoff e Thais Regina De George, na certeza de que conto com parceiros para as alegrias e as dificuldades de cada dia.**

**A Deus, a quem almejo que minha vida seja expressão diária de gratidão.**

**Muito obrigada.**

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>09</b>
<b>1 O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA .....</b>	<b>15</b>
1.1 ANTECEDENTES TEÓRICOS .....	16
1.2 BREVE HISTÓRICO .....	23
1.3 APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA E SEUS EFEITOS .....	26
1.4 INSTITUTOS RELACIONADOS .....	40
1.4.1 Princípio da Subsidiariedade e Fragmentariedade do Direito Penal .....	41
1.4.2 Princípio da Intervenção Mínima .....	43
1.4.3 Irrelevância Penal do Fato .....	44
1.4.4 Princípio da Adequação Social.....	47
<b>2 TIPICIDADE .....</b>	<b>51</b>
2.1 O CONCEITO DE CRIME .....	52
2.2 A AÇÃO TÍPICA .....	55
2.3 ELEMENTOS DO TIPO .....	66
2.4 TIPO E TEORIAS DA CONDUTA .....	73
2.4.1 A Ação Humana .....	74
2.4.2 Teoria Causal .....	76
2.4.3 Teoria Normativa ou Neoclássica .....	78
2.4.4 Teoria Finalista .....	79
2.4.4.1 Teoria da imputação objetiva .....	86
2.4.5 Teoria Pessoal ou Sintomática .....	87
2.4.6 Teoria Social .....	88
2.4.7 Teoria Negativa .....	89
2.5 O TIPO E A PROTEÇÃO DE BENS JURÍDICOS .....	90
2.5.1 Bem jurídico e desvalor da conduta versus desvalor do resultado .....	92
<b>3 DA INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA .....</b>	<b>105</b>
3.1 DA INCOMPATIBILIDADE COM A TEORIA FINALISTA DA AÇÃO .....	105
3.2 ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO .....	110
3.3 OUTROS INSTITUTOS APLICÁVEIS .....	115
3.3.1. Medidas Despenalizadoras .....	118
3.3.1.1 Do procedimento da lei 9099/95 e relacionadas .....	119
3.3.1.2 Penas restritivas de direitos .....	126
3.3.1.3 Suspensão condicional da pena .....	129
3.3.1.4 Regimes de cumprimento de pena privativa de liberdade: regime progressivo .....	132
3.3.1.5 Livramento condicional .....	135
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>138</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>142</b>

## RESUMO

Por influência de estudos criminológicos, notadamente das propostas das Teorias do *Labelling Approach* e da Criminologia Crítica, verificando os efeitos negativos que o sistema penal pode desencadear sobre o indivíduo e na sociedade, surgem as tendências denominadas Direito Penal Mínimo, englobando diversos princípios e alterações legislativas. São exemplos: a criação dos Juizados Especiais Criminais e mecanismos que lhe são próprios, como a transação penal e a suspensão condicional do processo, além da ênfase no respeito a princípios tais como a Intervenção Mínima e Adequação Social, na criação e aplicação de tipos penais. Entre tais propostas por uma retração do âmbito de atuação do Direito Penal, encontra-se o Princípio da Insignificância. Da aplicação de tal princípio, decorre a atipicidade de condutas que não ofendam relevantemente o bem jurídico protegido pela norma, bem cuja defesa, na opinião de muitos, é o principal escopo do Direito Penal. Nestas situações, não estaria presente a tipicidade material da conduta. Ocorre, porém, que se faz necessária uma análise mais atenta da aplicação de tal princípio, primeiramente, por não haver critérios claros quanto à insignificância de uma conduta. Em segundo lugar, porque da análise de outros instrumentos legislativos atualmente disponíveis em nosso ordenamento jurídico, é possível retirar soluções mais adequadas aos casos em que a lesão causada seja de menor relevância. E por fim, impõe-se a revisão dos fundamentos de aplicação do Princípio da Insignificância, considerando-se principalmente a adoção do modelo finalista de conduta, evidente em toda a legislação penal brasileira, que não se coaduna com um mecanismo que, tal como o princípio da insignificância, dá maior enfoque ao desvalor do resultado, que é sempre causal, do que ao desvalor da conduta, esta sim movida por uma finalidade.

Palavras-chave: Direito Penal Mínimo. Princípio da Insignificância. Teoria Finalista. Teoria do Tipo.



## **ABSTRACT**

Influenced by Criminologic studies, mostly from the Labelling Approach and Critical Criminology proposals, considering the negative effects that the criminal system may cause in the individual and in the society, appear the Minimal Criminal Law tendencies, including many principles and law changings, such as the Special Criminal Justice and it's proper instruments, like probation and conciliation, besides the emphasis on principles like Minimal Interference and Social Appropriation. Among those propositions is the Insignificance Principle. From the application of the principle, comes the fact that the behaviour won't match the legal descriptions cause of the smaller damage that it caused to the legally protected interest, whose defense is the Criminal Law major job. In those cases, the behavior wouldn't be substantially typical. However, it's essential a more careful analysis of the application of the principle, firstly because it's lack of criteria and second, because from the analysis of other legal instruments currently available, it's possible to find more accurate solutions to the cases of smaller injuries. And finally, it's important to review the application of the principle, considering the adoption of the finalism as the model of behaviour, clearly adopted in Brazilian criminal law, which doesn't fit with a mechanism that considers most the disapproval of the results, that are always causal, then the disapproval of the behaviour, which always have goals.

Key-words: Minimal Criminal Law. Insignificance Principle. Criminal Behaviour Theories.

## INTRODUÇÃO

O estudo do Direito Penal e do Direito em geral evidencia que desde que o homem vive em sociedade sempre houve conflitos, sendo necessário encontrar meios adequados para administrar tais situações.

Assim é que se passaram os períodos caracterizados pela vingança, até a monopolização por parte do Estado, do direito de punir aqueles que de alguma forma prejudicassem a harmonia social. A partir do momento em que se inicia uma reflexão filosófica mais aprofundada sobre as raízes e os limites do *jus puniendi* vão surgindo e sendo aperfeiçoadas diversas teorias sobre tal temática, procurando os fundamentos da possibilidade do Estado intervir de alguma forma nos direitos e na esfera individual de um cidadão.

Paulatinamente foi sendo construído o conceito de tipo, como consequência do Princípio da Legalidade, tendo seu conteúdo repensado pelas Teorias da Conduta de maior influência em cada momento histórico.

Com o desenvolvimento e mudanças enfrentadas pela sociedade, também o crime vai revelando faces cada vez mais diversas e complexas. As mudanças econômicas e nas relações de trabalho, bem como as profundas diferenças culturais e nos padrões morais do mundo moderno, influenciam todas as relações pessoais e também as escolhas tomadas pelo Estado na tentativa de promover o bem comum e conservar uma razoável paz.

Neste contexto, a Criminologia foi adquirindo papel cada vez mais relevante. Através de seus métodos de observação dos fatos, sendo uma ciência do mundo do ser, procura dar à dogmática jurídico-penal as informações necessárias para regular o mundo do dever ser.

Surgem então diferentes posições quanto à atitude a ser tomada pelo Estado em face do crime e do criminoso. Alguns, considerando o aumento da criminalidade e, principalmente, da criminalidade violenta, pregam um chamado “Direito Penal do Inimigo” ou “do Terror”, incentivados pela opinião pública que é levada a uma experiência virtual do crime, sedenta por vingança, mesmo sem ter sido ainda vítima de qualquer agressão. Assim é que surgem as já excessivamente comentadas políticas de “Tolerância Zero”, com menor ou maior sucesso em diversos países.

Por outro lado, afirmando que o crime não é um fato isolado, mas fruto da convergência de diversos fatores pessoais e do contexto social do criminoso, outros vão apregoar que é necessário limitar a atuação do Direito Penal apenas a agressões realmente intoleráveis para o controle social. Conforme GIMBERNAT ORDEIG:

Que o Direito Penal seja imprescindível não significa, certamente, que seja imprescindível em sua forma atual. [...] Porque a aplicação do aparato punitivo supõe uma intervenção tão radical na vida do cidadão, deve-se exigir do Estado o mais excelente, delicado e cuidadoso manejo da força destrutiva da pena.<sup>1</sup>

São propostas de Direito Penal Mínimo, que asseveram que o Direito Penal cumpre apenas um papel simbólico dentro da sociedade, prestando-se principalmente a consolidar diferenças e conflitos de classes, como instrumento de opressão de classes consideradas exploradas, para que não se rebelem e subvertam a ordem das coisas e a divisão do poder, sendo esta a base do pensamento da chamada Criminologia Crítica.

Ainda, apoiados em teorias criminológicas como o *Labelling Approach*, afirma-se que a resposta penal do Estado não exerce qualquer efeito preventivo na sociedade e sequer sobre o próprio condenado, servindo a punição apenas como ingresso a uma verdadeira carreira desviante. Daí a necessidade de descriminalização, desprocessualização, despenalização e desinstitucionalização, que é possível verificar em muitos dispositivos legais atualmente vigentes e em posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais.

Entre todas estas propostas encontra-se o Princípio da Insignificância, como causa de exclusão da tipicidade de fatos que lesionem minimamente um bem jurídico protegido pelo Direito Penal.

Os princípios vêm adquirindo papel cada vez mais relevante no Direito, não é diferente no Direito Penal. Tem-se que princípios não são meras sugestões ao aplicador do Direito, sendo possível atender pretensões com fundamento exclusivo neles. Quando aplicados positivamente dão respostas aos casos concretos, como faz o Princípio da Insignificância, e, numa ótica negativa, impedem a entrada no ordenamento jurídico de normas que com ele não se compatibilizem, como é o caso da Intervenção Mínima.

---

<sup>1</sup> ORDEIG, Enrique Gimbernat. **O futuro do direito penal**. Barueri: Manole, 2004. p. 22.

Princípios, diferentemente do que ocorre com as leis, são mais abertos, plásticos, têm assim possibilidade de se adequar aos mais diversos casos concretos. As mudanças constantes da sociedade desafiam o jurista e o operador do direito. Vive-se em sociedade e dela não se pode esquecer no labor jurídico diário. Porém, também não se pode olvidar as bases científicas do Direito Penal, seus fundamentos e finalidades.

Tudo o que permite ao direito uma maior dinamicidade, maleabilidade, facilidade para adequar-se às demandas sociais, exige dos seus operadores ainda maior responsabilidade no exercício de seus misteres. Excluir a aplicação de princípios da prática diária de promotores, advogados e juízes seria os transformar em burocratas, atados à letra da lei, comprometidos apenas com a sua obediência e repetição. No entanto, ao mesmo tempo, todas estas propostas devem ser muito bem fundamentadas, visando não apenas necessidades e interesses momentâneos, mas tendo em vista o futuro da sociedade em que atuam o criminoso e seus “julgadores”.

Em alguns aspectos, a fundamentação (doutrinária e jurisprudencial) de todas estas propostas são muito mais sociológicas, baseadas em estatísticas e meras hipóteses que podem ou não ser comprovadas, e menos jurídicas e científicas.

Não é raro encontrarmos defensores da idéia de que se o Estado falhou em suas obrigações em proporcionar uma vida digna e prover as necessidades básicas de seus cidadãos, não pode se fazer presente apenas quando este acaba reagindo a tal situação, através do cometimento de crimes. Nesta linha de raciocínio toda sociedade é mais responsável pelo crime do que o seu próprio autor. Pensando de tal forma, muitas vezes é possível chegar à conclusão apresentada por FOUCAULT: “é indecoroso ser passível de punição, mas pouco glorioso punir.”<sup>2</sup>

Tal argumentação encontra ampla aceitação, até mesmo porque uma superficial observação da realidade efetivamente demonstra que há imensas diferenças sociais e inclusive diferença na atuação de todo o sistema em relação a determinadas pessoas. Dificilmente se encontra alguma opinião contrária a isto. Porém, esta abordagem do problema, aos poucos, parece ter afastado os

---

<sup>2</sup> FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. 19 ed. Petrópolis: Vozes, 1987.

estudiosos do Direito Penal do verdadeiro núcleo dos seus estudos, qual seja, definir o que é crime, sendo que uma vez definido isto, está legitimada a atuação do Estado em face dele.

Assim é que a principal proposta do presente trabalho é deter-se sobre o conceito de crime, mais especificamente sobre o seu conceito analítico e mais ainda sobre o primeiro de seus elementos, a tipicidade, já que ela é que é atingida quando da aplicação do Princípio da Insignificância. Verifica-se que “a questão sobre qual a qualidade que deve ter um comportamento para que seja objeto da punição estatal será sempre um problema central, não somente para o legislador, mas, também, para a Ciência do Direito Penal.”<sup>3</sup>

Heleno Cláudio Fragoso, autor que será diversas vezes mencionado no presente estudo, afirma:

O estudo da objetividade jurídica do delito constitui indagação fundamental e importantíssima para determinação de seu conceito e de sua essência. Trata-se de saber qual o sentido substancial da ação delituosa; que é em última análise, atingido, através do fato punível, ou, ainda, qual o objeto da tutela jurídico-penal.<sup>4</sup>

É necessário então voltar a estas que são as indagações mais básicas e fundamentais do Direito Penal, sem no entanto serem as mais simples. Procurou-se consultar os mais variados autores, dando ênfase a aqueles que podem ser considerados os construtores de toda a base sobre a qual está fundado o Direito Penal Brasileiro, através das variadas correntes que o influenciaram, como o conceito analítico de crime e de tipo (delito-tipo) em Ernst von Beling e a Teoria Finalista de Hans Welzel.

É o próprio WELZEL, que, logo ao iniciar uma de suas obras, denominada Direito Penal, afirma a necessidade de se ir às bases filosóficas do direito penal, para possibilitar um tratamento fundamentado sobre a ação humana:

O direito penal é a parte do ordenamento jurídico que determina as ações de natureza criminal e as vincula com uma pena ou medida de segurança. [...] É uma teoria do atuar humano justo e injusto, de maneira que suas últimas raízes chegam até os conceitos básicos da filosofia prática.<sup>5</sup>

---

<sup>3</sup> ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 11.

<sup>4</sup> FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Objeto do crime**. Disponível em: [http://www.fragoso.com.br/cgi-bin/heleno\\_artigos/arquivo60.pdf](http://www.fragoso.com.br/cgi-bin/heleno_artigos/arquivo60.pdf) Acesso em 13 de março de 2008.

<sup>5</sup> WELZEL, Hans. **Direito penal**. Campinas: Romana, 2003. p. 27.

Neste sentido, parte-se também de reflexão feita por Winfried HASSEMER sobre o Direito Penal Moderno. Entende ele que tal direito:

[...] se afasta dos conceitos metafísicos e prescreve a si mesmo uma metodologia empírica; realiza a sua execução pelo empirismo, especialmente, no conceito de orientação das conseqüências; favorece, por isso, mais os conceitos preventivos do que os conceitos relativos à teoria da retribuição; tenta vincular o legislador penal e suas decisões a princípios como, por exemplo, ao tentar tornar controlável a proteção dos bens jurídicos.<sup>6</sup>

Mais adiante conclui: “Por isso, eu considero ter chegado o momento no qual os desenvolvimentos modernos no direito penal devem ser novamente sintonizados às tradições no direito penal”.

É com esta mentalidade que se iniciou a pesquisa cujo resultado ora se apresenta, buscando conciliar as propostas mais recentes de um Direito Penal Mínimo às tradições que fundamentam este sistema jurídico.

Para tanto, inicia-se com a apresentação do Princípio da Insignificância, mencionando as fontes teóricas que inspiraram sua criação, notadamente a teoria estadunidense do *Labelling Approach* e a Criminologia Crítica ou Radical. Fala-se então da adoção do princípio em diversos países e da forma como começou a aparecer em decisões e posicionamentos doutrinários brasileiros. Serão tratados os critérios para aplicação do princípio (ou a ausência deles), e os efeitos que dele decorrem, principalmente a exclusão da tipicidade.

Conseqüentemente, o segundo capítulo abordará a tipicidade penal, partindo de uma breve abordagem do conceito de crime, passando à ação típica e à concepção que dela e dos elementos do tipo têm cada uma das Teorias da Conduta.

Por fim, no terceiro e derradeiro capítulo, será apresentada a crítica ao Princípio da Insignificância e as razões porque se propõe a sua inaplicabilidade: primeiramente por existirem outros meios jurídicos para se responder às condutas sem delas retirar o caráter criminoso e, mais importante, porque primar pela análise do resultado para averiguar se um fato é crime ou não, contraria os fundamentos do ordenamento jurídico-penal brasileiro.

Desde logo se assevere que a crítica ao Princípio não equivale a defender um Direito Penal Máximo, que faça uso da sua força contra qualquer pequena infração, mas defende-se que esta consideração cabe ao Princípio da Intervenção Mínima e outros, tendo em conta a subsidiariedade e fragmentariedade

---

<sup>6</sup> HASSEMER, Winfried. **Direito penal libertário**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 190.

do Direito Penal. Porém, sendo a conduta escolhida pelo legislador como penalmente relevante, o desvalor da conduta é que determina sua punição e não apenas o desvalor do resultado da mesma. É o que se pretende demonstrar a seguir.

## 1 O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

Nesta primeira parte do trabalho, será abordado o Princípio da Insignificância, para então, em momento oportuno, ser tratada com mais ênfase sua aplicabilidade.

Causa de exclusão da tipicidade pela pouca lesividade concreta da conduta, conforme se verifica na doutrina e em diversos julgados de nossos tribunais superiores, o princípio é fruto de reflexões sobre o porventura simbólico papel desempenhado pelo Direito Penal no combate à criminalidade, oriundo de propostas da Criminologia Crítica que há muito tempo já deixaram de ser meramente teóricas. A insignificância não é tema de interesse meramente acadêmico mas atinge a prática diária de todos os que trabalham com o Direito Penal.

Retomando o brocardo romano do *nullum crimen sine injuria*, uma das maiores dificuldades do princípio é encontrar seu conceito e critérios de aplicação, que ficariam relegados ao bom senso do aplicador, ameaçando a segurança jurídica. Conforme Mauricio Antonio Ribeiro LOPES:

Nenhum instrumento legislativo ordinário ou constitucional o define ou o acata formalmente, apenas podendo ser inferido na exata proporção em que aceitam limites para a interpretação constitucional e das leis em geral. É de criação exclusivamente doutrinária e pretoriana, o que se faz justificar estas como autênticas fontes do Direito.<sup>7</sup>

Daí é que vários autores apresentam diferentes argumentos em defesa do princípio e diferentes limites para sua aplicação.

Alguns o defendem meramente fundamentados na sobrecarga de trabalho dos juízes e tribunais, que, assim tão assoberbados, não deveriam perder tempo com casos penais que giram em torno de valores aquém dos próprios custos do processo. É o que afirma Abel CORNEJO:

É aquele que permite não ajuizar condutas socialmente irrelevantes, garantindo não só que a justiça se encontre mais desafogada, ou bem menos sobrecarregada, permitindo também que fatos insignificantes não se erijam em uma sorte de estigma prontuarial para seus autores”.<sup>8</sup>

---

<sup>7</sup> LOPES, Mauricio Antonio. **Princípio da insignificância no direito penal**: análise à luz da Lei 9.099/95. p. 45.

<sup>8</sup> CORNEJO, Abel. *Apud* SILVA, Ivan Luiz. **Princípio da insignificância no direito penal**. Curitiba: Juruá, 2004. p. 94.



Contra o princípio, há quem levante a crítica de que a aplicação do mesmo equivaleria a um incentivo para a prática de pequenos delitos.

Não é o objetivo do presente trabalho satisfazer-se com assertivas como estas, frutos que são apenas de meras opiniões, e não de verdadeiro conhecimento que possa ser considerado científico, após a confrontação com teses opostas e depuração em contraste com a dogmática construída ao longo de décadas e com teorias que ainda hoje orientam todo o ordenamento jurídico-penal brasileiro, tais como a Teoria Finalista da Ação.

Não é a intenção da presente pesquisa investigar a natureza e normatividade do Princípio da Insignificância, ou nomatividade dos princípios em geral. Pretende-se apresentar as origens teóricas e históricas do princípio, verificando assim para que finalidades foi criado, abordando-se então os critérios para sua aplicação e os efeitos que dela decorrem.

## 1.1 ANTECEDENTES TEÓRICOS

Antes de adentrarmos diretamente à temática do Princípio da Insignificância e considerando ser o mesmo decorrência de reflexões da Criminologia chamada Crítica ou Radical, necessária se faz num primeiro momento uma breve análise desta vertente criminológica, verificando de que pressupostos parte até chegar à proposta do Direito Penal Mínimo e, dentro dela, do Princípio da Insignificância.

Em face de uma sociedade cada vez mais violenta, do crescimento de setores da criminalidade como o crime do colarinho branco e o crime organizado, a Criminologia passou a adquirir relevo dentro das Ciências Criminais, destacando-se paulatinamente do Direito Penal, ostentando há algum tempo o *status* de ciência autônoma.

Relevante é sua contribuição e interação com a Política Criminal e a Dogmática Jurídico-Penal, auxiliando nas opções estatais no combate à criminalidade e no aperfeiçoamento do ordenamento jurídico-penal, aproximando ambos da sociedade, sendo este modelo integrado das ciências criminais, a

“Enciclopédia das Ciências Criminais” como designou Von Liszt<sup>9</sup>, condição necessária para a construção de um “Direito Penal Cidadão”. Neste ponto intervém Klaus TIEDEMANN, afirmando que “a descrição legal de todos os tipos penais por meio de circunstâncias atenuantes ou agravantes apenas pode ser efetuada de forma generalizante e abstrata. Por isso, é quase inevitável que o direito siga, claudicante, atrás das transformações sociais.”<sup>10</sup>

De acordo com ROXIN, “o penalista deve conhecer e levar em consideração os resultados de pesquisa da Criminologia. Eles não são, em si, Direito Penal, mas constituem os pressupostos de Estado de Direito dos princípios penais.”<sup>11</sup>

Este papel da Criminologia é há muito reconhecido pelo legislador brasileiro, como se pode inferir a partir da Exposição de Motivos da Parte Especial do Código Penal (Decreto-lei n.º 2.848 de 1940), que afirma:

Com o atual Código Penal nasceu a tendência de reformá-lo. A data de sua entrada em vigor começou a cogitação de emendar-lhe os erros e falhas. Retardado em relação à ciência penal do seu tempo, sentia-se que era necessário colocá-lo em dia com as idéias dominantes no campo da criminologia e, ao mesmo tempo, ampliar-lhe os quadros [...]<sup>12</sup>.

Inclusive o projeto foi objeto de análise de conferências de criminologia, conforme aduz a mesma exposição de motivos.

Diante então da crescente importância deste setor das Ciências Criminais, e analisando algumas das diversas ciências que gradualmente foram delineando o objeto específico da Criminologia, Aníbal BRUNO avalia que:

A sociedade criminal toma o crime como fato da vida da sociedade, estudando as suas manifestações, as condições da estrutura e do processo social que influem sobre a criminalidade e as regras que a sociedade lhe opõe. Não o crime como forma de comportamento de determinado indivíduo, mas como expressão de certas condições do grupo social. Nessas ciências encontra o Direito Penal uma fonte de renovação, que o impede de estagnar-se em uma posição distante da vida, e, portanto, dos fins práticos a que tem de dirigir-se<sup>13</sup>.

<sup>9</sup> *apud* FIGUEIREDO DIAS, Jorge. **Questões fundamentais do direito penal revisitadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 22.

<sup>10</sup> ROXIN, Claus; ARZT, Gunther; TIEDEMANN, Klaus. **Introdução ao direito penal e ao direito processual penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

<sup>11</sup> ROXIN, Claus; ARZT, Gunther; TIEDEMANN, Klaus. **Introdução ao direito penal e ao direito processual penal**. p. 4.

<sup>12</sup> BRASIL. **Códigos penal, processo penal e constituição federal**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 261.

<sup>13</sup> BRUNO, Aníbal. **Direito penal – parte geral**. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 56-57.

Paulatinamente vem a Criminologia despertando maior interesse nos estudiosos das ciências criminais, o que já produziu reformas práticas, tanto de legislação quanto de mentalidade, que podem ser atribuídas às conclusões de algumas das mais importantes vertentes criminológicas, tais como a Teoria do *Labelling Approach* (Reação Social/ Etiquetamento) e a Criminologia Crítica ou Radical.

Considerando não ser o objetivo do presente trabalho dedicar-se profundamente ao estudo da Criminologia e todas as diversas teorias e correntes que a integram, não se fará uma abordagem mais cuidadosa sobre as primeiras Escolas Penais (Clássica e Positiva), passando-se diretamente à chamada “sociologia criminal”, formada a partir do século XIX, responsável pela gradual construção da chamada Criminologia Crítica e de abordagens da reação social, como o *Labelling Approach*. Segundo tais vertentes teóricas:

A abordagem do crime que propunham, como um fenômeno coletivo, sujeito às leis do determinismo sociológico e, portanto, previsível, apontava para a sociedade como causadora do criminoso; ela conteria em si mesma os germes do crime, e o criminoso apenas o executaria, como um instrumento<sup>14</sup>.

Afirmando esta influência da sociedade no comportamento criminoso, fundamentam suas conclusões principalmente em estatísticas, o que preponderou nos estudos criminológicos principalmente nos Estados Unidos da América, que, aos poucos, foram vivenciando o aumento da criminalidade (principalmente a do colarinho branco) ao mesmo tempo em que crescia o bem-estar social. Desta forma, desvinculam-se da idéia de que o crime necessariamente estaria relacionado às classes menos favorecidas, mas sim com uma sociedade excludente, em que o Direito seria usado como instrumento de manutenção da divisão de poder.

Assim é que se vai construindo o conceito criminológico de crime, que deixaria de ser apenas um problema jurídico, decomposto nos elementos da tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade, sendo visto sim como um problema social.

---

<sup>14</sup> SMANIO, Gianpaolo Poggio. **Criminologia e juizado especial criminal**. São Paulo: Atlas, 1997. p. 17.

Uma das principais correntes nesta tendência é a Teoria do *Labelling Approach*, um movimento surgido nos anos 1960<sup>15</sup>, considerado um marco da chamada teoria do conflito. Explica SHECAIRA:

A idéia de encarar a sociedade como um “todo” pacífico, sem fissuras interiores, que trabalha ordenadamente para a manutenção da coesão social, é substituída, em face de uma crise de valores, por uma referência que aponta para as relações conflitivas existentes dentro da sociedade e que estavam mascaradas pelo sucesso do Estado de Bem Estar Social. As questões centrais do pensamento criminológico, a partir desse momento histórico, deixam de referir-se ao crime e ao criminoso, passando a voltar sua base de reflexão ao sistema de controle social e suas consequências, bem como ao papel exercido pela vítima na relação conflitual.<sup>16</sup>

Verifica-se então que o foco dos estudiosos da Criminologia deixa de ser apenas o crime e seu autor, mas passa a incluir notadamente o “sistema de controle, entendido como conjunto articulado de instâncias de produção normativa e de estruturas de reação da sociedade”<sup>17</sup>. Uma das conclusões é que o próprio sistema oficial de combate à criminalidade é ao mesmo tempo causa de tal fenômeno, em virtude de seu efeito estigmatizante. Um indivíduo, ao receber o rótulo oficial de “criminoso”, tenderia a mergulhar neste papel (*role engulfment*), aprofundando-se na criminalidade.

Passa-se então à análise da delinquência secundária, aquela oriunda da reação das instâncias oficiais de controle social, a partir de seu poder seletivo e das chamadas cerimônias degradantes a que são expostos os escolhidos do sistema, que acabam assim ingressando em carreiras delitivas.

Verificando-se os efeitos negativos da intervenção penal, uma das mais relevantes contribuições do *Labelling Approach* é a recomendação de uma “prudente não-intervenção, que decorre da necessidade de repensar o ordenamento penal no contexto de uma sociedade aberta, democrática e pluralista, ampliando as margens de tolerância para a superação dos conflitos e tensões sociais”.<sup>18</sup> Essa prudente não intervenção foi acolhida com o nome de Direito Penal Mínimo.

A proposta de Direito Penal Mínimo terá diversas repercussões legais, como por exemplo: regime progressivo de cumprimento de pena privativa de

<sup>15</sup> “H. Becker é considerado o fundador dessa vertente criminológica, através da publicação de sua obra *Outsiders* (1963). Conforme SMANIO, Gianpaolo Poggio. p. 21.

<sup>16</sup> SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 271.

<sup>17</sup> SMANIO, Gianpaolo Poggio, **Criminologia e juizado especial criminal**. p. 20.

<sup>18</sup> SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. p. 310.

liberdade, penas substitutivas, a previsão de infrações de menor potencial ofensivo e procedimento diferenciado em relação às mesmas no âmbito dos Juizados Especiais Criminais.

A proposta prática dessa orientação está na base das tendências modernas na área do crime e do controle social: descriminalização, despenalização, desinstitucionalização, substituição de sanções estigmatizantes por não-estigmatizantes, etc.<sup>19</sup>

Também a Criminologia Crítica concluirá pela imprescindibilidade de retração do campo de atuação do Direito Penal, mas vai ainda além afirmando a possibilidade de se chegar à posterior abolição do mesmo.

A Criminologia Crítica reconhece a contribuição prestada pelo *Labelling Approach*, mas procura a superar, por considerar que tal teoria é apenas mais uma das teorias consideradas liberais, ainda que tenha sido a mais crítica destas, representando “alternativa somente parcial à ideologia da defesa social”.<sup>20</sup>

Tal crítica se dá principalmente porque tais teorias, na visão crítica, consideram o delito um fenômeno universal e ineliminável, o que implicaria na inutilidade de se procurar e combater suas causas. Afirma-se que a Teoria da Reação Social verifica *o que* acontece e *como* acontece, mas não explica *por que* acontece.

É aqui que procura contribuir a Criminologia Crítica, analisando o crime a partir de uma visão marxista, considerando o Direito Penal como direito desigual por excelência, afirmando-se por exemplo que:

As maiores chances de ser selecionado para fazer parte da ‘população criminosa’ aparecem, de fato, concentradas nos níveis mais baixos da escala social (subproletariado e grupos marginais). A posição precária no mercado de trabalho (desocupação, subocupação, falta de qualificação profissional) e defeitos de socialização familiar e escolar, que são características dos indivíduos pertencentes aos níveis mais baixos, e que na criminologia positivista e em boa parte da criminologia liberal contemporânea são indicados como as causas da criminalidade, revelam ser, antes, conotações sobre a base das quais o status de criminoso é atribuído.<sup>21</sup>

Assim o sistema penal apenas reproduziria as desigualdades sociais.

<sup>19</sup> ANYAR DA CASTRO *apud* CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **A criminologia radical**. 3 ed. Curitiba: Lumen Júris, 2006. p. 21.

<sup>20</sup> BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**. 3 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002. p. 151.

<sup>21</sup> BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**. p. 165.

Daí partem propostas de uma abordagem do direito penal desde o ponto de vista subalterno, afirmando-se que tal situação só será superada por uma democracia real, com reformas sociais radicais, eliminando-se a exploração econômica e política e que a tutela penal deve ser reforçada apenas em áreas de maior interesse social (patrimônio público, saúde, crime organizado, segurança do trabalho, etc.), ao mesmo tempo em que se deve contrair ao máximo o sistema punitivo.

BARATTA menciona etapas que tal processo percorreria, tais como adoção de medidas alternativas, ampliação da liberdade condicional e da suspensão condicional da pena, regime de semiliberdade, permissão do trabalho carcerário e principalmente uma maior participação da sociedade no cárcere e dos encarcerados na sociedade.

São propostas de reintegração social do autor de uma conduta *desviante*, analisando-se a relação sujeito-comunidade, asseverando-se que não é o indivíduo que precisa de ressocialização, mas a sua relação com a comunidade é que precisa ser reconstituída e isto não se faria mediante segregação desnecessária.

Assim, conforme CIRINO DOS SANTOS:

Por tudo isso, o objetivo imediato é menos melhor cárcere e mais menos cárcere, com a maximização dos substitutivos penais, das hipóteses de regime aberto, dos mecanismos de diversão e de todas as indispensáveis mudanças humanistas do cárcere.<sup>22</sup>

Vários são os autores, em todo o mundo e na América Latina, que comungam de pensamento semelhante. O principal objetivo do cientista criminal deixa de ser a necessidade de defender a sociedade em face do criminoso e passa a ser a defesa do indivíduo contra o tipo de sociedade (capitalista) em que ele vive. Trata-se, portanto, de uma atitude de simpatia pelos infratores.

Considerando que o sistema rotula e gera criminalidade (*Labelling*) e que a atuação do direito penal serve apenas à legitimação de desigualdades sociais (Criminologia Crítica), ganha força a defesa do Direito Penal Mínimo que, entre outras medidas já mencionadas, tem como uma das sugestões fundamentais:

A consagração de certos princípios com os quais seriam assegurados os direitos humanos fundamentais. Tais princípios poderiam ser destinados

---

<sup>22</sup> SANTOS, Juarez Cirino. **A criminologia crítica e a reforma da legislação penal**. Em <http://www.cirino.com.br/artigos.htm>. Acesso em 1.09.2006.

desde a criminalização primária, bem como poderiam servir para conter a violência das agências de controle. Isto se faria por meio do reconhecimento de um norte minimizador, com base em três postulados: caráter fragmentário do direito penal; intervenção punitiva como *ultima ratio*; reafirmação da natureza assessória do direito penal.<sup>23</sup>

Dentre estes princípios pode-se citar o exemplo do Princípio da Insignificância. Entre outros pontos, a descriminalização da Criminologia Crítica, significaria:

Primeiro, a descriminalização é indicada em todas as hipóteses (a) de crimes punidos com detenção, (b) de crimes de ação penal privada, c) de crimes de ação penal pública condicionada à representação e (d) de crimes de perigo abstrato – sob os seguintes fundamentos: a) **violação do princípio de insignificância, por conteúdo de injusto mínimo, desprezível ou inexistente**; b) violação do princípio de subsidiariedade da intervenção penal, como *ultima ratio* da política social, excluída no caso de suficiência de meios não-penais; c) violação do princípio de idoneidade da pena, que pressupõe demonstração empírica de efeitos sociais úteis, com exclusão da punição no caso de efeitos superiores ou iguais de normas jurídicas diferentes; d) violação do primado da vítima, que viabilizaria soluções restitutivas ou indenizatórias em lugar da punição.<sup>24</sup>

No ordenamento jurídico-penal pátrio, percebe-se claramente a grande influência desta forma de pensar o sistema penal, na exposição de motivos da nova parte geral do Código Penal (Lei 7.209 de 2984), ao tratar das penas, assim afirma:

Uma política criminal orientada no sentido de proteger a sociedade terá de restringir a pena privativa de liberdade aos casos de reconhecida necessidade, como meio eficaz de impedir a ação criminógena cada vez maior do cárcere. Esta filosofia importa obviamente na busca de sanções outras para delinquentes sem periculosidade ou crimes menos graves. Não se trata de combater ou condenar a pena privativa de liberdade como resposta penal básica ao delito.<sup>25</sup>

Assim, pensando-se na humanização e aperfeiçoamento do Direito Penal é que fala-se em Intervenção Mínima, Criminalidade de Bagatela, Princípio da Insignificância, Princípio da Lesividade, retomam importância as noções de subsidiariedade, fragmentariedade do Direito Penal e jamais será perdido de vista o norte da dignidade da pessoa humana, que permeia a própria concepção de Estado Democrático de Direito.

<sup>23</sup> SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. p. 344.

<sup>24</sup> SANTOS, Juarez Cirino. **A criminologia crítica e a reforma da legislação penal**. Em <http://www.cirino.com.br/artigos.htm>. Acesso em 1.09.2006

<sup>25</sup> BRASIL. **Códigos penal, processo penal e constituição federal**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 252.

## 1.2 BREVE HISTÓRICO

Após verificada a origem do Princípio da Insignificância como uma das propostas da Criminologia Crítica, a seguir, será analisado o seu percurso histórico, com a adoção em diferentes países, até chegarmos à sua atual concepção e aceitação.

As mudanças sociais que influenciam as ciências jurídicas e que tiveram espaço e conseqüências no ordenamento jurídico pátrio, são em muito inspiradas em avanços e reflexões operadas anteriormente em ordenamentos estrangeiros, aos poucos obtendo espaço entre os juristas brasileiros. Processo em que teve relevante papel Francisco de ASSIS TOLEDO, influenciando a reforma operada no Código Penal em 1984, quando passou-se a primar pela necessidade da pena, adotou-se o princípio da culpabilidade, excluiu-se a medida de segurança ao imputável, reformulou-se o livramento condicional, o crime continuado, deu-se maleabilidade à execução penal, conforme descrito pelo referido autor.<sup>26</sup>

Procurou-se amoldar o Código às tendências modernas, optando claramente por um direito penal democrático, em consonância com um Estado Democrático de Direito.

A adoção no Brasil, do Princípio da Insignificância, como outros de nossos institutos jurídico-penais, tem inspiração em ordenamentos estrangeiros, que paulatinamente adquiriram espaço entre nós.

Antes de se tornar fundamento recorrente de decisões e manifestações diversas na prática diária de nossas varas criminais e tribunais, ele já aparecia, por exemplo, no Código Penal Alemão, em seu art. 3º, como nos relata Paulo de Souza QUEIROZ:

Não subsiste o crime, se, não obstante a conformidade da conduta à descrição legal de um tipo, as conseqüências do fato sobre direitos e os interesses dos cidadãos e da sociedade e da culpabilidade do réu são insignificantes.<sup>27</sup>

---

<sup>26</sup> TOLEDO, Francisco de. Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 71-78

<sup>27</sup> Recorda ainda a legislação da antiga República Soviética da Rússia (1960) e da Tcheco-Eslováquia (1961) e destaca as previsões feitas pelos Códigos Penais de Portugal (art. 74); da Áustria (art. 42), de Cuba (art. 8º), da China (art. 10), da Polônia (art. 1º), da Coreia (art. 8º), da Iugoslávia (art. 1º, 2º e 8º), da Bulgária (art. 9º) e da Romênia (art. 3º e 17). QUEIROZ, Paulo de Souza **Do caráter subsidiário do direito penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p. 126.



O mesmo autor cita outros diplomas legais com disposições semelhantes, tais como a legislação penal da antiga República Soviética da Rússia (1960) e da Tcheco-Eslováquia (1961). Destaca ainda as previsões feitas pelos Códigos Penais de Portugal (art. 74); da Áustria (art. 42), de Cuba (art. 8º), da China (art. 10), da Polônia (art. 1º), da Coréia (art. 8º), da Iugoslávia (art. 1º, 2º e 8º), da Bulgária (art. 9º) e da Romênia (art. 3º e 17).

No Brasil, verificamos esta tendência já no Código Criminal do Império, que previa possibilidade de não se punir alguns crimes, tomando por base a pena a eles cominadas. QUEIROZ comenta inclusive, que em relação ao crime de furto a pena era graduada conforme o valor do objeto furtado (art. 330), demonstrando já àquela época o entendimento de que nos delitos patrimoniais a simples restrição da liberdade do agente não seria suficiente para sanar o prejuízo por ele causado.

Também o primeiro Código Penal Republicano, em seu artigo 16, previa: “não será punida a tentativa de contravenção e nem a de crime ao qual não fosse imposta maior pena que a de um mês de prisão celular”.<sup>28</sup>

Nossos tribunais há muito já o vêm adotando reiteradamente, sendo o seguinte julgado apontado como a primeira menção do Princípio da Insignificância:

Acidente de trânsito – Lesão Corporal – Inexpressividade da lesão – Princípio da Insignificância – Crime não configurado. Se a lesão corporal (pequena equimose) decorrente de acidente de trânsito é de absoluta insignificância, como resulta dos elementos dos autos – e outra prova não seria possível fazer-se tempos depois –, há de impedir-se que se instaure ação penal que a nada chegaria, inutilmente sobrecarregando-se as Varas Criminais, geralmente tão oneradas<sup>29</sup>.

ROXIN, indicado por ASSIS TOLEDO<sup>30</sup> como aquele que propôs a introdução do Princípio da Insignificância no sistema penal, retomou o brocardo *minima non curat praetor*, desenvolvendo sua essência, reconhecendo que há situações em que a reprimenda estatal significaria mal maior do que o próprio crime.

A doutrina fala de sua necessidade:

Observou-se que as afetações de bens jurídicos exigidas pela tipicidade penal requeriam sempre alguma entidade, isto é, alguma gravidade, posto

<sup>28</sup> Ressalte-se que se trata apenas das tentativas e não dos crimes consumados, que seriam punidos mesmo que a pena prevista fosse bastante baixa.

<sup>29</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso de Habeas Corpus n. 66.869-1. Relator: Ministro Aldir Passarinho. 6 dez. 1988.

<sup>30</sup> TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. p. 133

que nem toda afetação mínima do bem jurídico era capaz de configurar a afetação requerida pela tipicidade penal.<sup>31</sup>

Cândido Furtado MAIA NETO afirma:

Outras hipóteses permissivas de uso expresso do princípio da oportunidade ao titular do 'jus perseguendi', precisam ser catalogadas, entre elas, a 'Diversion' (Bélgica, França, Japão, Inglaterra) que permite ao Ministério Público o sobrestamento/arquivamento do processo, quando o réu a seu cargo toma certas obrigações de caráter ressocializador; bem como ampliar o instituto do Perdão Judicial, alargando as condições em casos de delitos menos graves, chamados 'delitos de bagatela', 'crimes sem vítima', em nome dos **princípios da insignificância**, da utilidade e economia processual, ou ainda quando se tratar de jovem delinqüente primário.<sup>32</sup>

Foi sendo então construída a noção do que sejam "infrações bagatelares", que trazem a idéia de:

Delito de bagatela ou crime insignificante expressa o fato de ninharia, de pouca relevância (ou seja: insignificante). É uma conduta ou ataque ao bem jurídico tão irrelevante que não requer a (ou não necessita da) intervenção penal. Resulta desproporcional a intervenção penal nesse caso.<sup>33</sup>

Luiz Flavio GOMES classifica tais infrações em infração bagatelar própria (onde inclui o princípio da insignificância) e imprópria. As próprias seriam infrações que já nascem sem relevância penal, por não apresentarem desvalor da conduta e nem desvalor de resultado, nestas sendo devida a aplicação do princípio da insignificância, sem "perquirir o *animus* do agente, seus antecedentes, sua vida pregressa, etc."<sup>34</sup>

Há quem o critique pelo fato de não estar expressamente previsto em nosso ordenamento jurídico. Evidente que, entre as possíveis críticas a se levantar contra o princípio, esta é das que menos tem procedência. Ora, bem se sabe que nem só de dispositivos de lei se faz o Direito, não sendo este o único dos princípios a não contar com previsão expressa. Muitos dos princípios que orientam o Direito Penal não estão positivados em textos legais, como a Humanidade das Penas ou a Intervenção Mínima. No dizer de RIBEIRO LOPES, do princípio da dignidade humana é possível retirar a insignificância:

<sup>31</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal**: Parte Geral, 3. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 562.

<sup>32</sup> MAIA NETO, Candido Furtado; KUEHNE, Mauricio. (org). Bases humanitárias e democráticas para reforma do direito penal brasileiro – **Ciência Penal, Coletânea de Estudos**. Curitiba: Juruá, 1999. p. 46.

<sup>33</sup> GOMES, Luiz Flavio. **Direito penal**: parte geral. v 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 303.

<sup>34</sup> GOMES, Luiz Flavio. **Direito penal**: parte geral. v 2. p. 304.

Outros princípios expressos e não expressos podem ser também apontados como natural decorrência do princípio da dignidade da pessoa humana de fácil reconhecimento se aplicadas as técnicas de hermenêuticas apropriadas, assim: o princípio da insignificância, o princípio da lesividade, o princípio da intervenção mínima [...] <sup>35</sup>

Disto advém a grande responsabilidade dos intérpretes e aplicadores do Direito.

Assim, foi o princípio adquirindo aceitação generalizada entre os doutrinadores estrangeiros e pátrios, passando a fundamentar numerosas decisões em todo o país.

### 1.3 APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA E SEUS EFEITOS

Afirma-se que os tipos penais devem destinar-se às condutas realmente lesivas à ordem jurídica e social, no entanto, os mesmos jamais conseguirão abranger as infinitas mudanças sociais, as inúmeras possibilidades do mundo dos fatos, que não são apreendidas em sua totalidade por previsões abstratas. Desta forma, acabam por alcançar práticas que resultam em lesões leves, aparentemente sem danosidade social. Aos operadores do direito caberá a aferição da afetação do bem jurídico e a tipicidade da conduta.

Aqui é possível tecer algumas breves reflexões a partir do pensamento de HART e seu Conceito de Direito <sup>36</sup>. Para o autor, regras, padrões e princípios são um instrumento do controle social e o Direito só pode existir, por ser possível comunicar padrões gerais de conduta. Tal comunicação se faz através de precedentes ou de leis.

Porém, precedente ou lei, sempre apresentarão momentos de indeterminação, possuindo o que se designa por *textura aberta* <sup>37</sup>. O mundo não tem um número definido de aspectos, e nem todos os aspectos são conhecidos, por isso não seria possível estabelecer prescrições antecipadas para cada possibilidade. Isto traz uma relativa indeterminação de finalidades. Não há a possibilidade de prever antecipadamente casos não contemplados pelas disposições humanas, surgindo a

<sup>35</sup> LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. **Teoria Constitucional do direito penal**. São Paulo: RT, 2000. p.399-400.

<sup>36</sup> HART. Herbert L. A. **O conceito de direito**. Fundação Calouste Gulbenkian: Lisboa, 1972.

<sup>37</sup> HART, Herbert L. A. Op. Cit. p. 141.

questão, se escolheria a partir da análise dos interesses concorrentes, da forma que melhor os satisfaça. Pode-se então entender que o domínio a ser tutelado juridicamente é tão variado que não poderão ser criadas pelo Poder Legislativo regras uniformes destinadas caso a caso sem diretivas oficiais posteriores.

Portanto, ainda conforme Hart, admitir essa textura aberta é reconhecer que há áreas em que muitos aspectos devem ser desenvolvidos pelos tribunais ou funcionários, que determinam o equilíbrio à luz das circunstâncias que variam para cada caso.

Sobre a tarefa de verificar estas situações no dia a dia, diz HERKENHOFF:

Esta missão cabe ao próprio juiz, pois que a função jurisdicional escapa a qualquer criação legislativa. Não cabe ao juiz revogar a lei, mas pode afastar a aplicação diante do caso concreto, quando a aplicação resultaria em injustiça, feriria a consciência jurídica do povo, o sentido de 'justo' do julgador e da comunidade<sup>38</sup>.

Alguns autores então, diante deste quadro de “abertura” do Direito, no que se refere ao Direito Penal e à aplicação de suas regras, trazem o Princípio da Insignificância como reitor da interpretação dos tipos penais.

ROXIN, por exemplo, propõe uma interpretação restritiva do tipo penal:

São necessários princípios regulativos como a adequação social, introduzida por WELZEL, que não é elementar do tipo, mas certamente um auxílio de interpretação para restringir formulamentos literais que também abranjam comportamentos socialmente respeitáveis. Aqui pertence igualmente o chamado **princípio da insignificância**, que permite excluir logo de plano lesões de bagatela da maioria dos tipos. Se reorganizássemos o instrumentário de nossa interpretação dos tipos a partir destes princípios, daríamos uma significativa contribuição para diminuir a criminalidade em nosso país.<sup>39</sup>

Alguns afirmam que o Princípio da Insignificância seria um aspecto do próprio Princípio da Proporcionalidade. Cezar Roberto BITENCOURT opina que “segundo este princípio, é necessária uma efetiva proporcionalidade entre a gravidade da conduta que se pretende punir e a drasticidade da intervenção estatal.”<sup>40</sup>

<sup>38</sup> HERKENHOFF, João Batista. **Como aplicar o direito**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 108

<sup>39</sup> ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

<sup>40</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Erro de tipo e erro de proibição**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 32.

Luiz Alberto MACHADO<sup>41</sup> afirma a insignificância (juntamente à adequação social) como causa de atipia material da conduta, este o seu principal efeito.

Mauricio Antonio Ribeiro LOPES cita Vico MAÑAS:

É ele um instrumento de interpretação restritiva, fundado na concepção material do tipo penal, por intermédio do qual é possível alcançar, pela via judicial e sem macular a segurança jurídica do pensamento sistemático, a proposição político-criminal da desnecessidade de descriminalização de condutas que, embora formalmente típicas, não atingem de forma relevante os bens jurídicos protegidos pelo direito penal.<sup>42</sup>

Sobre o tema, reflete SANTORO FILHO:

O acerto da proposição vem sendo cada vez mais acolhido pela doutrina e pela jurisprudência, pois o direito penal, por sua natureza subsidiária, de *ultima ratio*, somente deve ir até onde seja necessário à real proteção dos bens jurídicos, não podendo ocupar-se de ofensas inexpressivas aos valores tutelados.<sup>43</sup>

Há consenso quanto à afirmação de que o Estado não deveria ocupar-se de pequenas questões, porém, ao mesmo tempo, não é possível se olvidar que, se o legislador incluiu a conduta entre as que devem ser consideradas criminosas, é porque se trata de situações que atingem bens jurídicos relevantes para a sociedade e para os indivíduos, a elaboração de cada tipo específico já demonstra em si que se trata de comportamentos penalmente relevantes.

Tem-se então que:

O princípio da insignificância é o princípio penal que norteia a comparação entre o desvalor consagrado no tipo penal e o desvalor social da conduta do agente, aferindo, assim, qualitativa e quantitativamente lesividade desse fato para constatar-se a presença do grau mínimo necessário à concreção do tipo penal; se nesse cotejo axiológico verificar-se que o desvalor do ato ou do resultado é insignificante em relação ao desvalor exigido pelo tipo penal, então esse fato deverá ser excluído da incidência penal, já que é desprovido de reprovabilidade jurídica.<sup>44</sup>

Porém, definir o que seja esta relevância ou reprovabilidade jurídica é dos maiores problemas no que se refere ao princípio da insignificância. Até mesmo

<sup>41</sup> MACHADO, Luiz Alberto. **Direito Criminal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. p. 123.

<sup>42</sup> LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. **Princípios políticos do direito penal**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 90.

<sup>43</sup> SANTORO FILHO, Antônio Carlos. *Princípio da insignificância nos crimes patrimoniais: proposta de um critério para a sua aplicação*. **Boletim Jurídico**, Uberaba/MG, a. 3, nº 171. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1158>> Acesso em: 25 abr. 2008.

<sup>44</sup> SILVA, Ivan Luiz. **Princípio da insignificância no direito penal**. p. 94.

em outras situações, apenas relacionadas a delitos patrimoniais, já há uma enorme indefinição, mais ainda no que tange à insignificância.<sup>45</sup>

Desta forma, como reconhecem os doutrinadores e aplicadores, as maiores polêmicas relacionadas ao princípio giram em torno dos critérios que devam ser adotados para sua aplicação:

Embora sejamos partidários da admissão deste critério de interpretação – redutor - da tipicidade penal, forçoso reconhecer que, nos crimes contra o patrimônio, vigora alto grau de incerteza no que se refere aos parâmetros de sua utilização, pois a lei não fixa – ao menos diretamente – o que é *insignificante*, circunstância que, não poucas vezes, causa dúvidas a respeito da incidência, ou não, do princípio proposto e de sua própria validade.<sup>46</sup>

#### Pondera Francisco Vani BENFICA:

O princípio é muito liberal e procura esvaziar o direito penal. E, afinal, não é fácil medir a valorização do bem, para dar-lhe proteção jurídica. E sua adoção seria perigosa, mormente porque, à medida que se restringe o conceito de moral, mais fraco se torna o direito penal, que nem sempre deve acompanhar as mutações da vida social, infelizmente para pior, mas detê-las, quando nocivas.<sup>47</sup>

Alguns tendem, de forma simplista, a considerar insignificante a conduta de indivíduo economicamente desfavorecido, quando então se pesa o desemprego, o descaso e a falência estatal e uma série de circunstâncias exteriores ao delito para concluir que, quando alguém em tal situação delinqüê, há que se considerar insignificante e, portanto, atípica a conduta.

Outras vezes, verifica-se que apesar da ínfima lesão ao bem jurídico protegido, aquele determinado agente é também autor de diversos outros delitos de mesma natureza (insignificante), ostentando longa lista de antecedentes criminais. Nestes casos, apesar da irrelevância da conduta, tende-se a afastar a aplicação do princípio devido às anteriores práticas de seu autor, inclusive afirmando-se que este já faz do crime um meio de vida.

<sup>45</sup> Gunther Arzt menciona o caso do furto de pequeno valor. Afirma ele: “[...] as dificuldades de interpretação multiplicam-se. O que é “de pequeno valor”? Existe um limite de valor que tenha validade geral? Depende da situação financeira da vítima? O que acontece com valores ideais quando a coisa não tem valor econômico?” ROXIN, Claus; GÜNTHER, Arzt; TIEDEMANN, Klaus. **Introdução ao direito penal e ao direito processual penal**. p. 85.

<sup>46</sup> SANTORO FILHO, Antônio Carlos. *Princípio da insignificância nos crimes patrimoniais: proposta de um critério para a sua aplicação*. **Boletim Jurídico**, Uberaba/MG, a. 3, nº 171. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1158>> Acesso em: 25 abr. 2008.

<sup>47</sup> *Apud* FREITAS, Vladimir Passos; FREITAS, Gilberto Passos. **Crimes contra a natureza**. 6 ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2000. p. 42.

Há corrente que exige também a análise da culpabilidade do agente, assim, além de insignificante a conduta, deveria ser escassa também a reprovabilidade de seu autor, para que fosse possível a aplicação do Princípio da Insignificância.

De plano é necessário rechaçar tais argumentos, o que faremos primeiramente incursionando pelas diversas posições sobre a questão.

O tema nos remete ao conceito de crime, que a teoria geral do delito estruturou em fato típico, antijurídico e culpável (sistema tripartido de VON LISZT, BELING e RADBRUCH), o que será melhor explicitado em capítulo próprio. Estas seriam categorias conceituais que, quando presentes, tornam o fato um crime, fato este que não pode ser dividido, mas que tem aspectos objetivos e subjetivos.

Diante do fato concreto o julgador obedece ao referido conceito analítico como se fora este um caminho a ser percorrido na formação de sua convicção. Verifica primeiramente se a conduta é típica, a seguir analisa a antijuridicidade ou ilicitude da conduta (ausência de causas de justificação) e por fim observa a culpabilidade do agente.

A aplicação do Princípio da Insignificância atinge o primeiro elemento do conceito analítico de crime. Analisa-se a conduta e percebe-se, objetivamente, que esta deve ser considerada atípica, já que a lesão ou prejuízo não foi suficiente para que se pudesse considerar tal fato subsumido a uma norma, **este o efeito principal da aplicação do princípio da insignificância**. É excluída assim uma das mencionadas categorias que dão a natureza criminosa ao fato, o que prejudica a análise da existência das restantes. Inexistente um dos elementos não há crime, pois ele não é conduta típica, ou antijurídica ou culpável, mas tais aspectos devem se cumular para que estejamos diante de um crime.

Saliente-se que “a não tipicidade da conduta elimina a indagação quanto à existência do crime”<sup>48</sup>, desta forma, não persistirá sequer a obrigatoriedade da denúncia pelo representante do Ministério Público, por isto a imensa importância de se fixar exatamente quais são os casos da atipia. Caso ocorra ainda assim a denúncia, Luiz Flávio GOMES afirma que, diante do enriquecimento dado à

---

<sup>48</sup> MACHADO, Luiz Alberto. Op. Cit. p. 105.

tipicidade penal modernamente, o juiz deve fazer sua análise já no recebimento da denúncia.<sup>49</sup>

O caso do Princípio da Insignificância seria de atipicidade ou atipia material. Observa ZAFFARONI:

Observou-se que as afetações de bens jurídicos exigidas pela tipicidade penal requeriam sempre alguma entidade, isto é, alguma gravidade, posto que nem toda afetação mínima do bem jurídico era capaz de configurar a afetação requerida pela tipicidade penal. [...] A insignificância da afetação exclui a tipicidade, mas só pode ser estabelecida através da consideração conglobada da norma.<sup>50</sup>

Da mesma forma, reflete Eugênio Pacelli de Oliveira, afirmando que “embora uma conduta possa se ajustar a determinado tipo penal, enquanto subsunção (do fato à norma), nem sempre se fará presente a tipicidade do crime, se não houver lesão ao bem jurídico em que se acha inserido o referido tipo penal.”<sup>51</sup>

Do trecho acima, percebe-se claramente que a aplicação do princípio é regida eminentemente pelo desvalor do resultado obtido pelo autor e se verifica a oposição entre tipicidade material e tipicidade formal, que é tema do capítulo destinado à tipicidade.

No que se refere aos critérios de aplicação, a avaliação da significância da conduta se dá caso a caso e, com a reiteração de algumas situações concretas levadas ao Poder Judiciário, vão surgindo contornos, os quais não são absolutos. Francisco de ASSIS TOLEDO dá alguns exemplos:

O dano do art. 163 do Código Penal não deve ser qualquer lesão à coisa alheia, mas, sim, aquela que possa representar prejuízo de alguma significação para o proprietário da coisa; o descaminho do art. 334, §1º, ‘d’, não será certamente a posse de pequena quantidade de produto estrangeiro, de valor reduzido, mas, sim, a de mercadoria cuja quantidade ou cujo valor indique lesão tributária de certa expressão, para o Fisco; o peculato do art. 312 não pode estar dirigido para ninharias como a que vimos em um volumoso processo no qual se acusava antigo servidor público de ter cometido peculato consistente no desvio de algumas poucas amostras de amêndoas; a injúria, a difamação, a calúnia dos arts. 140, 139 e 138, devem igualmente restringir-se a fatos que realmente possam afetar significativamente a dignidade, a reputação, a honra, o que exclui ofensas tartamudeadas e sem conseqüências palpáveis.<sup>52</sup>

<sup>49</sup> GOMES, Luiz Flavio. **Direito penal**: parte geral. p. 252.

<sup>50</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. 2001, p. 562.

<sup>51</sup> ROXIN, Claus; ARZT, Gunther; TIEDEMANN, Klaus. **Introdução ao direito penal e ao direito processual penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

<sup>52</sup> Citado por GUIMARÃES, Isaac Sabba. **Dogmática penal e poder punitivo**. Curitiba : Juruá Editora, 2000.



ROXIN é lembrado dentro desta temática, sobre o que aponta:

Maus-tratos são uma lesão grave ao bem-estar corporal, e não qualquer lesão; da mesma forma, é libidinosa no sentido do Código Penal só uma ação sexual de alguma relevância; e só uma violenta lesão à pretensão de respeito social será criminalmente injuriosa. Por violência não se pode entender uma agressão mínima, mas somente a de certa intensidade, assim como uma ameaça deve ser sensível, para adentrar no campo da criminalidade.<sup>53</sup>

Segundo Cezar Roberto Bittencourt para incidir o princípio, deve haver uma análise contextual do fato e do ordenamento jurídico, verificando-se o que terá maior danosidade social, a conduta ou sua perquirição criminal. Considera-se então a importância do bem jurídico e a intensidade da lesão.<sup>54</sup> É o que afirma também Luiz Flavio GOMES: “para o reconhecimento da insignificância e, em consequência, da infração bagatela própria, é muito importante a análise de cada caso concreto, da vítima concreta, das circunstâncias do fato, local, etc.”<sup>55</sup>

Damásio de JESUS por sua vez, em antigo artigo, inclui ainda a consideração do patrimônio da vítima, sugerindo, quanto a delitos patrimoniais, que se deve considerar furto ou apropriação indébita insignificante, aqueles cujos objetos sejam iguais ou inferiores a R\$1.000,00, ressalvando apenas as situações em que a vítima seja de muito pequeno poder aquisitivo.<sup>56</sup> No tocante à consideração do patrimônio da vítima, pondera novamente Luiz Flavio GOMES:

O furto de uma garrafa d'água, em princípio, é absolutamente insignificante. Mas para quem está no deserto do Saara não o é. Como se vê, ser insignificante ou não o fato, depende de cada situação concreta. Uma bicicleta para um grande empresário é absolutamente insignificante. A mesma bicicleta para quem ganha R\$50,00 por mês pode não ser. Cada caso é um caso. **Não existem critérios apriorísticos que definem o que é insignificante.**<sup>57</sup>

Por outro lado, afirma-se também que analisar a culpabilidade quando se tem em vista o Princípio da Insignificância, é subversão da ordem sistemática e

<sup>53</sup> ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. p. 48.

<sup>54</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Erro de tipo e erro de proibição**. p. 32.

<sup>55</sup> GOMES, Luiz Flavio. **Direito penal**: parte geral. p. 304.

<sup>56</sup> JESUS, Damasio Evangelista de. Crime de bagatela: reconhecimento do princípio da insignificância no delito de descaminho e seu efeito nos tipos privilegiados do furto e da apropriação indébita. Disponível em <http://www.amperj.org.br/port/damasio2.htm>. Acesso em 07.04.2001.

<sup>57</sup> GOMES, Luiz Flavio. **Direito penal**: parte geral. p. 304. Segundo o autor, isto tem total ligação com uma visão moderna do magistrado, que tem muito maiores condições de fazer justiça no caso concreto. Porém aqui é já de se perguntar: entre os critérios definidores do que seja crime encontra-se a vítima? O caráter criminoso da conduta está na própria conduta ou na vítima a quem ela se volta?

do caráter seqüencial da teoria geral do delito.<sup>58</sup> Portanto o princípio tem caráter objetivo, sendo erro procedimental a análise de elementos subjetivos no momento da valoração do princípio. No momento da verificação da tipicidade, o Direito Penal é direito do fato e não do autor, sendo indevida qualquer análise de personalidade<sup>59</sup>.

Esta é a posição de Luiz Flávio GOMES, afirmando que o princípio se ocupa do fato objetivo, verificando-se que ele pode ser típico na aparência, mas não o é materialmente. As considerações pessoais (culpabilidade, vida anterior, antecedentes, restituição/ressarcimento do dano, ocasionalidade da infração) ficariam para o âmbito da irrelevância penal do fato.<sup>60</sup>

Em trabalho anterior, verificou-se que:

Convencem tais argumentos, pois veja-se: as descrições típicas são descrições de fatos, de ações (matar alguém, subtrair coisa alheia, constranger mulher, etc.). Em nenhum momento uma característica do autor é considerada na descrição típica, o que seria um grande absurdo: “indivíduo reincidente, com personalidade voltada para o crime matar alguém – homicídio”; “indivíduo de maus antecedentes e de péssima conduta social, se não ressarcir o prejuízo à vítima, subtrair para si ou para outrem coisa alheia móvel – furto”. Obviamente tais circunstâncias particulares do agente trarão as suas influências jurídico-penais, mas ao vislumbrarmos a subsunção do fato à norma que nos é dada, não cogitamos tais dados. Para verificar a ocorrência de homicídio, nos serve o Laudo Pericial comprovando a morte, para que a prática seja um homicídio não importam as condições do homicida. Para verificar a ocorrência de um furto procuramos a lesão patrimonial à vítima, autos de apreensão, avaliação e entrega (se sua lavratura foi possível), ou seja, para que consideremos a prática um furto, não nos importam as condições do “ladroão.”<sup>61</sup>

Efetivamente, não é de se considerar questões específicas da pessoa do réu, quando da análise da tipicidade da conduta, tais questões serão observadas quando for tratada a culpabilidade, esta entendida como o grau de reprovabilidade do autor. Também mantém-se a colocação de que os tipos penais descrevem comportamentos, ações, mas hoje entende-se que é justamente por isto que o principal fator a ser observado não é o desvalor do resultado e sim da conduta descrita no tipo e realizada materialmente, o que analisaremos mais adiante.

<sup>58</sup> PELUSO, Vinicius de Toledo Piza. A objetividade do Princípio da Insignificância. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, São Paulo**, n. 109.

<sup>59</sup> Aqui percebemos então a clara incompatibilidade da adoção do princípio por um ordenamento jurídico-penal que claramente adota a Teoria Finalista da Conduta, e que portanto admite a existência de elementos subjetivos no tipo.

<sup>60</sup> GOMES, Luiz Flavio. Delito de Bagatela: Princípios da Insignificância e da Irrelevância Penal do Fato. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, São Paulo**, n. 102, maio 2001.

<sup>61</sup> MELHEM, Patricia Manente. **O princípio da insignificância no direito penal**. 2002. 108 f. Monografia (Graduação) - Curso de Direito, Departamento de Direito do Estado, Universidade Estadual de Ponta Grossa, Ponta Grossa, 2002. p. 19.

Ainda entre os critérios para a aplicação do princípio, é evidente que não deve ter influência também a eventual miserabilidade do autor da conduta. Qualquer circunstância desta natureza poderá talvez ser considerada no momento da análise da antijuridicidade, ainda assim atentando-se sempre para não se julgar um indivíduo pelo que ele é e não por algo que fez<sup>62</sup>. A pobreza eventualmente poderá caracterizar estado de necessidade, porventura a circunstância atenuante do motivo de relevante valor social, o que terá incidência em momento diverso e não no juízo de tipicidade sobre a conduta, o que também será tratado com maior cuidado adiante.

Claro ainda que não se deve considerar os antecedentes criminais do indivíduo autor de delito insignificante. É redundante dizer que cada crime deve ter sua análise individualizada e que ser o autor de uma, ou de várias condutas não é o que lhes confere tipicidade<sup>63</sup>. Exceto se o fato configurar crime continuado, quando, de forma alguma, será considerado insignificante.

Diante de tais incertezas, são buscados critérios mais objetivos para a aplicação do princípio, ao menos para os delitos patrimoniais.

Uma das tentativas é valer-se de legislações do âmbito do Direito Tributário para se obter um parâmetro relacionado a que valores o Estado considera suficientemente significantes para ensejar ações de execução fiscal. Muitas decisões vêm buscando fundamento na Lei 10.522 de 2002, que no §1º de seu artigo 18 afirma: "Ficam cancelados os débitos inscritos em Dívida Ativa da União, de valor consolidado igual ou inferior a R\$ 100,00 (cem reais)".

Cite-se como exemplo a seguinte decisão:

---

<sup>62</sup> "Jescheck salienta ser indiferente, na proibição do furto, ser o agente rico ou pobre, ... Já o mesmo não ocorre quando se trata de apreciar os mesmos fatos no âmbito da culpabilidade, a nível do juízo de reprovação, (...) Embora considere as características do agente, não deve desligar-se dos limites objetivos do fato, contidos na conduta criminosa, para penetrar no terreno inseguro do julgamento do homem pelo que ele é, pelo seu caráter, pela sua decisão ou condução de vida". (apud TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. p. 88).

<sup>63</sup> Porém, nem sempre assim entendem nossos tribunais. Veja-se os seguintes exemplos: Afirma o acórdão n.º 6672 da 5ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Paraná: "O Princípio da Insignificância preceitua que a lei não deve preocupar-se com infrações de pouca monta insuscetíveis de causar o mais ínfimo dano à coletividade. Entretanto, é imprescindível aferir em cada caso, o desvalor da culpabilidade, da conduta e da lesão sofrida, por isso o pequeno valor da "res furtiva" por si só, não desconfigura o delito perpetrado."

E o acórdão 6098, da 4ª Câmara Criminal: "Apelação criminal - Crime de furto (art. 155, caput, do CP) - Sentença condenatória - Pretensão absolutória fundada no princípio da insignificância, afirmando o réu a ocorrência da hipótese de crime de bagatela - Impossibilidade - Benesse desaconselhável na espécie dos autos - Existência de apontamentos sinalizando para o envolvimento do acusado com delitos patrimoniais - Não preenchimento dos requisitos para o merecimento do benefício almejado."

Agravo regimental em agravo de instrumento. Direito penal. Descaminho. Princípio da Insignificância. 1. A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça é firme no sentido de que subsume-se na insignificância, em se cuidando de descaminho, os tributos em valores que o próprio Estado expressou o seu desinteresse pela cobrança. 2. Agravo regimental improvido. (STJ. Agravo regimental no agravo de instrumento. UF: Paraná. Órgão julgador Sexta Turma. Data da decisão 22/03/2005. DJ 1/07/2005, p. 647).<sup>64</sup>

É tamanha a dúvida acerca do que seja ou não significante, que os julgadores são levados a construir seus próprios limites:

APELAÇÃO. FURTO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICAÇÃO AFASTADA. VALOR DO BEM. PÉSSIMA CONDUTA SOCIAL DO RÉU. Para reconhecimento do crime bagatela, esta Câmara tem considerado que o valor do bem subtraído não deve ultrapassar um décimo do salário mínimo. Além disso, as circunstâncias pessoais de réu e vítima, bem como o contexto da prática delitiva também devem ser analisados. Verificado que a atividade criminosa é o meio de vida do réu, inviável o reconhecimento do crime de bagatela. Recurso improvido. (TJ-RS. Apelação crime nº 70023334220. Órgão julgador Quarta Câmara Criminal. Relator: Gaspar Marques Batista, Julgado em 03/04/2008).<sup>65</sup>

Violação de Direito Autoral. Caracterização – Apelante confesso. Prova vocal e pericial indubitadas acerca de autoria e materialidade delitivas. A alegação de dificuldades econômicas não aproveita o apelante, visto que o apertado afilitivo auto-sustento, por pior que seja, não atinge a inevitabilidade do comportamento lesivo, permanecendo íntegra a ilicitude da conduta e a culpabilidade do agente. Carecedora de amparo legal a argumentação quanto à aplicação no caso em análise do princípio da bagatela ou insignificância, uma vez que não se pode admitir a atipicidade do presente fato criminoso, sob o argumento do valor irrisório do bem, visto que no Direito brasileiro o princípio aludido ainda não adquiriu foros de cidadania, de molde a excluir tal evento de moldura da tipicidade penal. Recurso improvido. (TJ-SP. Apelação crime n.º 11616253000. Órgão julgador 7ª Câmara de Direito Criminal B. Relator Nidea Rita Coltro Sorci. Julgado em 17/04/2008. Data de registro 29/04/2008).<sup>66</sup>

Há situações em que se leva em consideração o salário mínimo vigente à época do fato e as condições sócio-econômicas da população brasileira, aventando ainda a possibilidade da admissão do princípio mesmo em relação a crime que pressupõe violência contra a pessoa, tal como a lesão corporal. Como se fora possível aferir economicamente (partindo do parâmetro do salário mínimo e das condições financeiras da maior parte dos brasileiros), um dano à integridade física de alguém. É o que se vê na decisão a seguir exposta:

<sup>64</sup> Disponível em: <http://189.11.195.50/pesquisaunificada/jsp/consulta/Detalhes.jsp?id=7> Acesso em 24/04/ 2008.

<sup>65</sup> Disponível em: [http://www.tj.rs.gov.br/site\\_php/jprud2/ementa.php](http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/ementa.php). Acesso em 29/04/2008.

<sup>66</sup> Disponível em: <http://cjo.tj.sp.gov.br/esaj/jurisprudencia/consultaCompleta>. Acesso em 29/04/2008.

HABEAS CORPUS. PENAL. ARTS. 155 E 129, § 1º, DO CP. PRETENSÃO DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. FURTO. NÃO-INCIDÊNCIA. OBJETO MATERIAL QUE NÃO PODE SER CONSIDERADO DESPREZÍVEL. LESÃO CORPORAL. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. IRRELEVÂNCIA DA LESÃO QUE NÃO HÁ COMO SE AFERIR DE PLANO. ORDEM DENEGADA. 1. Segundo a melhor doutrina, o princípio da insignificância surge como instrumento de interpretação restritiva do tipo penal que, de acordo com a dogmática moderna, não deve ser considerado apenas em seu aspecto formal, de subsunção do fato à norma, mas, primordialmente, em seu conteúdo material, de cunho valorativo, no sentido da sua efetiva lesividade ao bem jurídico tutelado pela norma penal, o que consagra o postulado da fragmentariedade do direito penal. 2. Indiscutível a sua relevância, na medida em que exclui da incidência da norma penal aquelas condutas cujo desvalor da ação e/ou do resultado (dependendo do tipo de injusto a ser considerado) impliquem uma ínfima afetação ao bem jurídico. 3. Diante da inexistência de regra expressa definindo, para a finalidade em apreço, o que seja "valor insignificante", aplicável, em sua teleologia, a diretriz resultante do art. 335 do Código de Processo Civil, a saber: "Em falta de normas jurídicas particulares, o juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e ainda as regras de experiência técnica, ressalvado, quanto a esta, o exame pericial". 4. Considerando a nossa realidade sócio-econômica, em que metade da população ocupada do Brasil tem rendimento (médio mensal de todos os trabalhadores) de 1/2 a 2 salários mínimos (dados do IBGE – indicadores sociais de 2002), não se pode admitir que o furto de um alicate, concomitante com o de um celular, seja considerado um valor irrisório, ínfimo. 5. Quanto à lesão corporal, não há como aferir-se de plano a irrelevância da lesão sofrida pela vítima, exigindo, assim, dilação probatória, o que se afigura inviável na estreita via eleita, marcada por rito célere e cognição sumária. 6. Ordem denegada. (STJ. HC 2006/0206853-4. Órgão julgador 5ª Turma. Ministro Relator Arnaldo Esteves Lima. Data do julgamento 07/11/2006. DJ 27.11.2006. p. 301).<sup>67</sup>

Os tribunais admitem a aplicação do princípio, mesmo em caso de ato infracional, considerando apenas o resultado da infração:

Estatuto da Criança e do Adolescente. Atos infracionais. Furto qualificado (CP Art. 155, §4º, IV). Embora medida socioeducativa objetive ressocializar o adolescente infrator, é possível a aplicação do "princípio da insignificância" nos atos infracionais e não só na estrita esfera do direito penal, segundo orientação do STJ. Considerando o valor de bem furtado (R\$80,00), deve ser aplicado referido princípio. (TJ-RS. Apelação crime n.º 70022983167. Órgão Julgador Oitava Câmara Cível. Relator Claudir Fidelis Faccenda. Julgado em 10/04/2008. DJ 16/04/2008).<sup>68</sup>

SANTORO FILHO crê ter encontrado a resposta na própria legislação penal:

<sup>67</sup> Disponível em

<http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=+%28princ%EDpio+da+insignific%E2ncia+le+s%E3o+corporal%29&&b=ACOR%p=true&t=&l=10&i=2>. Acesso em 2.06.2008.

<sup>68</sup> Disponível em: [http://www.tj.rs.gov.br/site\\_php/jprud2/ementa.php](http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/ementa.php). Acesso em 29/04/2008.

Com efeito, o legislador fixou como mínimo relevante, tanto para a aplicação, como, conseqüentemente, para a execução da pena, o montante de 1(um) dia-multa, no valor de 1/30(um trinta avos) do salário mínimo vigente quando do fato. Este *quantum* é, em direito penal – brasileiro – o piso patrimonial conhecido, pois eventuais frações, nos termos do art. 11, do Código Penal, não são computadas e, portanto, devem ser *desprezadas*. Ora, se o legislador penal fixou como critério do relevante – ou do não-desprezível – o valor de 1/30 do salário mínimo, entendemos que deve ser este critério – e não o de legislações administrativas ou tributárias, que se orientam por finalidades evidentemente distintas –, o marco do princípio em questão. Logo, sendo o dano patrimonial – efetivado ou visado – inferior a 1/30 do salário mínimo, há de se reconhecer a atipicidade material da conduta, por ausência de lesividade ao bem jurídico – patrimônio – tutelado pelo tipo; se superior, caracterizada restará a tipicidade, embora possa o fato configurar, eventualmente, delito patrimonial privilegiado.<sup>69</sup>

Atualmente, de acordo com o critério sugerido pelo autor, a partir R\$13,83 (treze reais e oitenta e três centavos), um delito patrimonial adquiriria suficiente significância para ser considerado típico.

Destaque-se do comentário acima exposto, o que autor afirma quanto à utilização de normas de outros sistemas jurídicos (como o Tributário e Administrativo) como critérios para a atuação do Direito Penal, verificando que as finalidades de cada sistema são diferentes. Ainda, independente da razoabilidade da sugestão oferecida pelo autor, esta seria cabível apenas diante de delitos contra o patrimônio, ou cuja relevância possa ser mensurada em termos patrimoniais. Porém, o princípio da insignificância, conforme alguns defensores, é aplicável também a outros crimes, como lesões corporais leves, crimes contra a honra, chegando até mesmo à absurda aplicação em caso de crime de atentado violento ao pudor, o que será comentado mais adiante.

Desta forma, por mais que jurisprudência e doutrina esforcem-se para delimitar critérios de aplicação do princípio, estes ficarão sempre ao dito “prudente arbítrio” do aplicador.

Verifica-se então que apesar dos defensores do princípio sustentarem que a análise para a aplicação do mesmo, deve ser sempre objetiva, não considerando o patrimônio da vítima, ou circunstâncias subjetivas do réu, de fato não existe qualquer critério que possa orientar o julgador.

---

<sup>69</sup> SANTORO FILHO, Antônio Carlos. *Princípio da insignificância nos crimes patrimoniais: proposta de um critério para a sua aplicação*. **Boletim Jurídico**, Uberaba/MG, a. 3, nº 171. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1158>> Acesso em: 25 abr. 2008.

Seguramente, tal flexibilidade decorre justamente de se tratar de um princípio, que tem como principal característica a possibilidade de amoldar-se aos mais diferentes casos concretos.

Veja-se ainda que apesar da visualização da possibilidade de aplicação do princípio, ser mais evidente quando tratamos de questões patrimoniais, a elas ele não se restringe, como inclusive se verificou em decisões supracitadas. É importante frisar-se então que é desarrazoado aplicar o princípio quando o crime tiver sido praticado mediante o uso de qualquer tipo de violência.

Desta forma, profundamente criticável a posição adotada por juiz da comarca de Santa Luzia do Paruá (MA). Aplicou o magistrado o princípio da insignificância a delito de atentado violento ao pudor, em que o agente, após agarrar e arrastar a vítima até uma casa abandonada, lá, portando um pedaço de madeira e uma pá, a teria ameaçado de morte e de agressões físicas, obrigando-a a praticar e permitir que com ela se praticassem atos libidinosos diversos da conjunção carnal. Inclusive procedeu-se ao exame de lesões corporais e foram apreendidos os objetos utilizados para o constrangimento da vítima.<sup>70</sup>

Inaceitável tal entendimento, não sendo jamais a hipótese de se considerar o bem jurídico superficialmente afetado, apenas porque revelou-se que a vítima se prostituía. O que porventura poderia ocorrer seria considerar o comportamento da vítima quando da análise das circunstâncias judiciais previstas pelo artigo 59 do Código Penal<sup>71</sup>.

Como já mencionado, existindo violência não poderá ser considerado insignificante o crime. Como já teve oportunidade de reconhecer nosso extinto Tribunal de Alçada:

Por unanimidade de votos, negaram provimento. Apelação Criminal - roubo qualificado por concurso de agentes - art. 157, 2, inc. II do Código Penal - decisão condenatória - recurso - pleito absolutório - impossibilidade - autoria e materialidade demonstradas - depoimento da vítima - validade - princípio da insignificância - inaplicabilidade - sentença e apenamentos mantidos. Em delitos como os de roubo, é manifesta a relevância probatória da palavra da vítima, especialmente quando descreve com firmeza o fato criminoso e reconhece, com igual segurança, os seus algozes. É inaplicável o princípio da insignificância, visto que quando se trata de roubo qualificado, e

<sup>70</sup> LOUVEIRA, Leopoldo Stefano Leone; DALL'ACQUA, Rodrigo. Atentado violento ao pudor, aplicação do princípio da insignificância. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 128, ano 11 – jul/2003. p. 713-715.

<sup>71</sup> É dever no entanto destacar que esta posição se toma a despeito do desconhecimento do inteiro teor dos autos, mas apenas a partir do conteúdo da sentença que deu fim aos mesmos, conforme transcrição feita pelo referido periódico.

irrelevante o valor da coisa subtraída. Recurso improvido. (TA-PR. Apelação Criminal n. 0189243-7 Relator: Juiz Rafael Augusto Cassetari. 31 out. 2002)

O princípio é também aplicável a delitos contra o meio ambiente, da mesma forma que em relação a outros crimes:

Não basta que a pouca valia esteja no juízo subjetivo do juiz. É preciso que fique demonstrada no caso concreto. É dizer, o magistrado, para rejeitar uma denúncia ou absolver o acusado, deverá explicitar, no caso concreto, por que a infração não tem significado. Por exemplo, num crime contra a fauna não basta dizer que é insignificante o abate de um animal. Precisa deixar claro, entre outras coisas, que este mesmo abate não teve influência no ecossistema local, na cadeia alimentar, analisar a quantidade de espécimes na região e investigar se não está relacionado entre os que se acham entre os ameaçados de extinção.<sup>72</sup>

No tocante às infrações relacionadas ao tráfico ou uso de substâncias entorpecentes, os tribunais superiores têm reiterado o entendimento de que, em se tratando de crime que tem como bem jurídico a saúde pública, classificado como de perigo abstrato, a pequena quantidade da substância apreendida não conduz à aplicação do Princípio da Insignificância<sup>73</sup>.

Por fim, concluindo este tópico que se referiu à aplicação prática do princípio, é ainda necessário um breve comentário sobre quem está legitimado ou detém a competência para tal aplicação. Entende-se que a autoridade policial, ainda em fase de investigação preliminar, não está autorizada a aplicar o princípio. Assim afirma nossa Constituição Federal:

Nossa Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso XXXV deixa evidente: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Desnecessários maiores comentários no tocante a tal matéria, enquanto o fato encontra-se ainda na fase policial, trabalha-se com indícios, com dados objetivos e não está prevista ao Delegado a possibilidade de abrir mão da perseguição criminal, seja por que motivo for. Também o devido processo legal estaria sendo atacado ao se conceder este poder à autoridade policial.<sup>74</sup>

<sup>72</sup> FREITAS, Vladimir Passos; FREITAS, Gilberto Passos **Crimes contra a natureza**. p. 42.

<sup>73</sup> Efetivamente seria inviável qualquer raciocínio contrário. Veja-se: a pequena quantidade é justamente um dos detalhes que permitem diferenciar o uso do tráfico, logo, se por ser pequena a quantidade o crime pudesse ser considerado insignificante, não existiria o crime de uso. Por outro lado, o que a nova legislação anti-drogas fez não foi descriminalizar tal conduta, e sim apenas prever uma nova modalidade de pena substitutiva em tais casos, que seria o tratamento do usuário. Não poderia então o Estado abrir mão de tratar o réu, quase o incentivando a permanecer no vício, em razão da pequena quantidade de substância entorpecente, isto iria contra a intenção político-criminal da lei.

<sup>74</sup> MELHEM, Patrícia Manente. **O princípio da insignificância no direito penal**. p. 26.



Trata-se de fase ainda meramente indiciária e aquilo que pudesse ao Delegado de Polícia parecer insignificante, no decurso da Ação Penal poderia assim não se revelar. Neste tocante, aduz Luiz Flávio GOMES:

Na fase preliminar investigatória cabe à autoridade policial apurar os fatos e registrar os fatos. Não lhe cabe fazer juízos valorativos conclusivos. Sua tarefa é a de registrar os fatos, para que eles sejam valorados conclusivamente pelo juiz. [...] O que se deve evitar, quando presente uma causa de exclusão da tipicidade material, é a prática de qualquer ato de constrangimento (indiciamento, v.g.).<sup>75</sup>

Pelo ainda precário conjunto probatório não seria adequada a aplicação do princípio pelo Delegado de Polícia, cabendo ao Ministério Público o parecer pelo arquivamento do Inquérito Policial, do que, conforme as regras processuais penais, poderá discordar o magistrado, enviando o procedimento à Procuradoria Geral de Justiça. A aplicação do princípio assim é melhor fiscalizada e controlada.

Conclui-se então pela inexistência de critérios seguros ao aplicador do Princípio, cabendo apenas ao seu bom senso a apreciação do caso concreto e seu contexto, para decidir quanto à aplicação, ou não, do princípio.

#### 1.4 INSTITUTOS RELACIONADOS

Anteriormente afirmou-se que o Princípio da Insignificância é uma das propostas incluídas no que se chamou Direito Penal Mínimo, porém, evidentemente, não é a única solução apontada na intenção de evitar os possíveis efeitos nefastos do cárcere.

Entre as demais soluções sugeridas encontra-se por exemplo: dar-se maior atenção ao Princípio da Intervenção Mínima e da Adequação Social, às características de fragmentariedade e subsidiariedade do Direito Penal, aos chamados substitutivos penais e institutos através dos quais se evitariam a ação penal e até mesmo a pena, tal como o sursis, a suspensão condicional do processo, progressão de regime de cumprimento de pena, etc.

Seguramente são bastante assemelhados e de maneira geral demonstram a tendência a um direito penal um tanto mais flexível e humanizado. No

---

<sup>75</sup> GOMES, Luiz Flavio. **Direito penal**: parte geral. p. 252.

entanto, são bastante diferentes, seja em seu conteúdo, seja no momento de sua consideração, como veremos adiante.

Conforme ROXIN, considerando que o poder outorgado ao Estado, pelos cidadãos, através do contrato social, foi apenas o estritamente necessário para manter uma convivência pacífica, os comportamentos só devem ser punidos quando não houver outra forma mais branda de os corrigir. É o que se verifica em todas as propostas que serão aqui verificadas, afirmando o mesmo autor que “a tendência de substituir as sanções penais por formas mais brandas de prevenção e de compensação deverá ser levada ainda mais longe no futuro.”<sup>76</sup>

Ainda, uma análise mais cuidadosa do tema, revela inclusive a eventual desnecessidade do Princípio da Insignificância, tamanhos são os filtros para a criminalização de uma conduta e de uma pessoa, e tamanhas as alternativas à pena e penas alternativas.

Nas linhas a seguir serão abordados outros princípios do Direito Penal que são também originados na intenção de reduzir o âmbito de atuação deste ramo do Direito, e que já serviriam de filtro suficiente para a criminalização de condutas e pessoas. Posteriormente, no capítulo mais diretamente relacionado à análise da real necessidade do Princípio da Insignificância, serão abordados outros institutos, de natureza material e principalmente processual, que constituem verdadeiras medidas despenalizadoras e podem ser respostas mais adequadas mesmo a fatos que vêm sendo considerados insignificantes.

#### 1.4.1 Princípio da Subsidiariedade e Fragmentariedade do Direito Penal

Ao iniciar a abordagem das características do Direito Penal, Luiz Alberto Machado afirma ser o mesmo um direito valorativo, pois “valora as ações ilícitas no contexto geral do direito e seleciona aquelas que entende merecerem a sua sanção.”<sup>77</sup>

Em relação então a estas escolhas feitas pelo Estado é que se fala em **subsidiariedade** e **fragmentariedade** do Direito Penal, uma vez que “o mero comportamento socialmente desaprovado não é reconhecido imediatamente como

<sup>76</sup> ROXIN, Claus; ARZT, Gunther; TIEDEMANN, Klaus. **Introdução ao direito penal e ao direito processual penal**. p. 45.

<sup>77</sup> MACHADO, Luiz Alberto. **Direito criminal (parte geral)**. p. 15.

delito, nem tampouco toda intervenção considerada delitiva é necessariamente merecedora de reprovação social.”<sup>78</sup>

Neste tocante, afirma ROXIN: “hoje se deve partir da noção de que um comportamento apenas pode ser submetido à pena quando ele é inconciliável com as condições de uma convivência pacífica, livre e materialmente segura dos cidadãos.”<sup>79</sup>

A proteção proporcionada pelo Direito Penal é então fragmentária, o que significa dizer que este não é um sistema fechado e sim descontínuo, como refere a doutrina, não visando a todos os bens jurídicos, mas apenas os mais fundamentais.

Fragmentariedade portanto, é a escolha dos bens jurídicos penalmente relevantes, reconhecendo que dentre os ramos do Direito, o direito penal é o que mais diretamente atinge a esfera dos direitos personalíssimos do agente, incidindo no mais das vezes sobre sua liberdade.

Tal fragmentariedade e impossibilidade de cobrir, com sua proteção, todos os fatos jurídicos, não se trata de fraqueza do direito penal, mas “que o Direito Penal não intervenha de modo indistinto, é dizer, sua reserva para as hipóteses excepcionais é justamente a expressão de sua força. Muito direito penal equivale a nenhum.”<sup>80</sup> Neste tocante, comenta Welzel: “El exceso en la aplicación de las penas desmocharía su arma. El derecho penal ha de limitarse a la sanción de los hechos que lesionan los deberes ético-sociales elementales, y, en este sentido, tiene un caracter fragmentário.”<sup>81</sup>

É também subsidiário o sistema penal, o último soldado de que dispõe o Estado na busca pela paz social. Após terem sido disponibilizados e acionados, sem lograr êxito, as demais esferas de controle social e jurídico, é que atuará o direito penal. Apenas se exige que um comportamento seja punido pelo Direito Penal, se meios mais brandos não forem eficazes na correção.

<sup>78</sup> BUSATO, Paulo Cesar; HUAPAYA, Sandro Montes. **Introdução ao direito penal – fundamentos para um sistema penal democrático**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 14.

<sup>79</sup> ROXIN, Claus; ARZT, Gunther; TIEDEMANN, Klaus. **Introdução ao direito penal e ao direito processual penal**. p. 5.

<sup>80</sup> BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. **Introdução ao direito penal: fundamentos para um sistema penal democrático**. p. 183.

<sup>81</sup> WELZEL, Hans. **Derecho penal: parte general**. Buenos Aires: Roque de Palma Editor, 1956. p. 8.

A subsidiariedade “condiciona a intervenção do Direito penal só quando se haja comprovado a incapacidade dos demais mecanismos de controle social em acudir adequadamente o problema.”<sup>82</sup>

ROXIN fundamenta tal assertiva em premissas retiradas da Criminologia:

A razão pela qual o Direito Penal apenas deve ser empregado quando fracassam todos os outros meios político-sociais de coibição de um comportamento social criminoso, reside no fato de que a punição pode prejudicar a existência social do condenado e arrastá-lo para a margem da sociedade, tendo até mesmo um efeito socialmente nocivo.<sup>83</sup>

ZAFFARONI e PIERANGELI escrevem que nem todos os conflitos precisam da solução punitiva e que esta tem efeito negativo, excluindo as demais. A via retributiva afastaria a reparatória, a terapêutica e a conciliatória. Comentando o advento da Lei dos Juizados Especiais, René Ariel DOTTI afirma:

Como é óbvio, o ilícito penal, como fato de desvalor social por excelência, deve ser combatido por uma vasta gama de reações formais e informais. A experiência tem demonstrado que a lei penal é somente uma dessas formas de reação, cuja eficácia depende da integração de outros componentes. Ao lado das instâncias formais (lei, Polícia, Ministério Público, Poder Judiciário, institutos e estabelecimentos penais) devem operar as instâncias materiais (família, escola, universidade, associações, sindicatos, meios de comunicação, etc.).<sup>84</sup>

A sociedade se faz de normas, em seus diversos setores e seguimentos, nem todas elas, porém, são jurídicas. No âmbito do Direito, as medidas penais são uma das opções de atuação estatal, destinada às situações em que as demais vias já falharam. Costuma-se falar em “filtros sociais”, que incidem antes do Direito Penal, tais como a família, a educação, a religião, etc.

#### 1.4.2 Princípio da Intervenção Mínima

No mesmo contexto se insere a reflexão sobre a chamada **Intervenção Mínima**. Mesmo não estando previsto em nossa Constituição Federal, o Princípio da

<sup>82</sup> BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. **Introdução ao direito penal: fundamentos para um sistema penal democrático**. p. 184.

<sup>83</sup> ROXIN, Claus; ARZT, Gunther; TIEDEMANN, Klaus. **Introdução ao direito penal e ao direito processual penal**. p. 8.

<sup>84</sup> DOTTI, René Ariel. Conceitos e distorções da lei n. 9099/95 – temas de direito penal e processo penal. In: MORAES, Antonio Sergio Altieri de et al. (Org.). **Juizados especiais criminais: interpretação e crítica**. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 11.

Intervenção Mínima, de acordo com Nilo BATISTA, “é princípio imanente, pressuposto político do estado de direito democrático”<sup>85</sup>, e gozaria apesar disso de status constitucional, impondo-se ao legislador e ao intérprete da lei, conforme leciona Luiz LUISI:

No que diz respeito aos princípios constitucionais especificamente concernentes ao direito penal alguns são explícitos e inequívocos, como, por exemplo, o da legalidade, o da pessoalidade da pena e o da humanidade. Outros, porém não se encontram formulados expressamente mas se deduzem das normas constitucionais, por nelas estarem implícitos. Dentre estes, no nosso sistema constitucional – o mais relevante é o princípio da intervenção mínima.<sup>86</sup>

Trata-se de princípio voltado ao legislador que o deve ter em conta quando da elaboração da norma, o legislador, não perdendo o norte da fragmentariedade do Direito Penal, elegendo as condutas suficientemente relevantes para serem erigidas em ilícitos penais. Aqui a clara diferenciação entre Princípio da Insignificância e Princípio da Intervenção Mínima, já que aquele importa ao operador do direito, diante do fato concreto.

Ferrajoli faz menção a tal critério que deve ter o legislador ao escolher as condutas a serem proibidas, mencionando que tal noção vem desde os autores iluministas, tendo em vista limitar o poder do Estado. Comenta: “justo porque la intervención punitiva es la técnica de control social más gravosamente lesiva de la libertad y de la dignidad de los ciudadanos, el principio de necesidad exige que se recurra a ella solo como remedio extremo”.<sup>87</sup> O princípio da necessidade é um dos axiomas sustentados pelo autor em face do poder punitivo estatal.

#### 1.4.3 Irrelevância Penal do Fato

Anteriormente foi mencionada a classificação dos delitos menores, feita por Luiz Flavio Gomes, que os divide em infrações bagatelares próprias e impróprias. Às próprias (que nasceriam irrelevantes) aplica-se a insignificância, às impróprias (relevantes, mas que qualquer pena seria desnecessária), seria mais

<sup>85</sup> BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 1990. p.85.

<sup>86</sup> LUISI, Luis. O princípio constitucional penal da intervenção mínima. **Ciência penal, coletânea de estudos**. Curitiba : Juruá, 1999. p. 269.

<sup>87</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón: teoría del garantismo penal**. Madrid: Trotta, 1995. p. 465.

adequada a irrelevância penal do fato, muito semelhante ao perdão judicial. Esta segunda porém, tem pouquíssima aplicação pelos julgadores pátrios.

O mesmo autor, ao analisar um caso concreto em que uma mulher ficou detida por 128 dias em razão do suposto furto de um pote de manteiga,<sup>88</sup> diferencia o Princípio da Insignificância e o Princípio da Irrelevância Penal do Fato, ambos infrações bagatelares, mas ocupando diferentes lugares topográficos dentro do fato punível. Insignificância seria causa de exclusão de tipicidade e Irrelevância, causa justificadora da dispensa da pena.

A irrelevância vem tratada por institutos como o perdão judicial ou a aplicação de pena de multa, por exemplo. Um exemplo seria o §2º do artigo 155 de nosso Código Penal, disciplinando o furto privilegiado, para o qual, conforme circunstâncias pessoais do agente e o valor do objeto do crime, a pena poderá não ser aplicada ou ser substituída por multa. Trata-se do que o autor chama de *infração bagatelar imprópria*, considerando que há desvalor da conduta e do resultado, porém sendo desnecessária no caso concreto a aplicação da pena.

Veja-se que o autor admite a aplicação do princípio da irrelevância penal do fato mesmo em casos de crimes cometidos mediante violência ou ameaça, o que não admite em relação ao princípio da insignificância.

Quanto aos critérios para a aplicação do Princípio da Irrelevância Penal do Fato, estes são ainda mais indefinidos do que os critérios do Princípio da Insignificância. Veja-se:

Para que se reconheça esse último princípio (assim como a desnecessidade ou dispensa da pena), múltiplos fatores, portanto, devem concorrer: ínfimo desvalor da culpabilidade, ausência de antecedentes criminais, reparação dos danos ou devolução do objeto, reconhecimento da culpa, colaboração com a justiça, o fato de o agente ter sido processado, o fato de ter sido preso ou ter ficado preso por um período etc. O fundamento jurídico para o reconhecimento do princípio da irrelevância penal do fato reside no art. 59 do CP. Mas quando o juiz reconhece o princípio da irrelevância penal do fato não está concedendo um perdão judicial *extra-legal*. Não é o caso. Referido princípio não é extra-legal, ao contrário, tem amparo legal expresso (no art. 59 do CP). O juiz reconhece a dispensa da pena (ele deixa de aplicar a pena) no caso concreto e isso é feito com base no art. 59 do CP (que diz que o juiz só aplica a pena quando for necessária

<sup>88</sup> Angélica Teodoro, dezoito anos, mãe de um filho de dois anos, desempregada, primária e de bons antecedentes, ficou presa 128 dias (na comarca de São Paulo) porque teria tentado "roubar" um pote de 200 gramas de manteiga, avaliado em R\$ 3,10 (O Estado de S. Paulo de 16.03.06, p. C6 e de 25.03.06, p. C4). Não houve ameaça com arma de fogo ou mesmo com arma branca. Cinco pedidos de liberdade provisória foram denegados (pelo juízo e pelo Tribunal de Justiça). Coube ao Ministro Paulo Gallotti do STJ conceder para ela a liberdade provisória. GOMES, Luiz Flavio. **Caso Angélica Teodoro**: "roubo de um pote de manteiga e princípio da irrelevância penal do fato. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8258>. Acesso em 13 de junho de 2008.

para reprovação e prevenção do delito). A sentença do juiz, nesse caso, tem a mesma natureza jurídica da sentença que concede perdão judicial: é declaratória de extinção da punibilidade (Súmula 18 do STJ).<sup>89</sup>

Outra vez verifica-se um imenso trabalho deixado ao aplicador do direito no caso concreto para delimitar o que seja a irrelevância penal do fato, uma vez que seus critérios são tão (ou mais) indefinidos do que os do princípio da insignificância.

Apesar de não ser este o principal intuito do presente trabalho, trazendo-se a notícia da irrelevância penal do fato apenas com o objetivo de a diferenciar da insignificância, é necessário manifestar também a discordância em relação a tal princípio. Veja-se: todos os requisitos ou atributos do fato, que o autor elenca como pressupostos da possível irrelevância penal do fato já desencadeiam efeitos benéficos suficientes ao réu, não sendo necessário ir ao extremo, descriminalizando a conduta no caso concreto.

É o que ocorre por exemplo no caso da reparação dos danos, havendo inclusive previsão legal para situações específicas, como é o caso do peculato. Se a culpabilidade é ínfima, assim o juiz a considerará nas circunstâncias do artigo 59 e tem toda a possibilidade de fixar a pena-base em seu mínimo. E assim por diante.

Para Luiz Flavio Gomes o fundamento legal da irrelevância penal do fato está justamente no artigo 59 do Código Penal, porém, o referido artigo se reporta a elementos que o juiz considera para a fixação da pena, sua quantidade, regime inicial, etc. e não a dispensa da pena.

Absurda a proposta do autor em incluir entre os fatores que podem ensejar a irrelevância penal do fato, o dado do agente ter sido processado ou ficado preso por um período. Tal proposta afronta a sistemática do ordenamento jurídico-penal brasileiro, que prevê o agravamento da situação do réu por apresentar antecedentes criminais e não o contrário. O fato do indivíduo ter ficado preso por algum tempo demonstra que os requisitos necessários para a manutenção da custódia estavam presentes, isto não deve então vir a beneficiar o réu, exceto no tocante à detração da pena.

---

<sup>89</sup> GOMES, Luiz Flavio. **Caso Angélica Teodoro**: “roubo de um pote de manteiga e princípio da irrelevância penal do fato. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8258>. Acesso em 13 de junho de 2008.

Haveria ainda alguma discussão sobre o conceito de **criminalidade de bagatela**, incluindo-se nele tanto infrações de menor potencial ofensivo, como aquelas objetivamente insignificantes. Na realidade, o crime insignificante seria aquele que no mundo dos fatos alcançou resultado pouco lesivo, mas que em tese assim não é assim classificado. Já o crime de bagatela é aquele de menor potencial ofensivo, característica decorrente de classificação legal, e ainda que atinjam toda a lesividade da ação, seriam de menor gravidade, por isso recebem o procedimento diferenciado, distintivo do Juizado Especial Criminal.

Esta diferenciação entre crime de bagatela e crime insignificante, é de Maurício Antonio Ribeiro LOPES<sup>90</sup> e de nosso ponto de vista revela apenas um excessivo rigor terminológico que na prática em nada se aproveita, já que em verdade estamos sempre tratando de um mesmo fenômeno, ações delitivas de escassa relevância e como procede o Estado diante das mesmas.

Também não se equipara o Princípio da Insignificância a um processo de **descriminalização** de condutas. Apenas em um caso concreto o fato deixa de ser considerado crime, por estar ausente a tipicidade, persistindo, apesar disso, o tipo incriminador de condutas a ele semelhantes, que atinjam toda a sua potencialidade lesiva.

#### 1.4.4 Princípio da Adequação Social

Por fim, é de se dizer que reconhecer a insignificância de uma ação não é reconhecer sua **adequação social**, a qual é decorrência da aceitação ou reconhecimento da conduta em sociedade, tendo sido praticada dentro da normalidade. Pela adequação social também há a exclusão da tipicidade, por esta aceitação social, sendo materialmente atípica<sup>91</sup>.

A teoria da adequação social foi cunhada por WELZEL, e se trata de causa supralegal de exclusão da ilicitude ou antijuridicidade de uma conduta. Alguns autores, equivocadamente, consideram ser a exclusão da tipicidade, porém, não sendo a tipicidade *ratio essendi* e sim *ratio cognoscendi* da ilicitude, tem-se que

<sup>90</sup> LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. **Princípio da Insignificância no direito penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

<sup>91</sup> TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. p. 132.



condutas podem ser típicas, porém, adequadas socialmente. Aplicar tal princípio significa:

[...] que apesar de uma conduta se subsumir ao modelo legal, não será considerada típica se for socialmente adequada, isto é, se estiver de acordo com a ordem social da vida historicamente condicionada.<sup>92</sup>

Fernando CAPEZ na mesma linha afirma que “todo comportamento que, a despeito de ser considerado criminoso pela lei, não afrontar o sentimento social de justiça (aquilo que a sociedade tem por justo) não pode ser considerado criminoso.”<sup>93</sup> WELZEL assim o diz:

Socialmente adequadas são todas as atividades que se movem dentro do marco das ordens ético-sociais da vida social, estabelecidas por intermédio da história. [...] A função metódica da adequação social consiste em recortar das palavras formais dos tipos, aqueles acontecimentos da vida que materialmente a eles não pertencem, e em que, com isso, se consegue que o tipo sejam realmente uma tipificação do injusto penal.<sup>94</sup>

Verifica-se assim que apenas com WELZEL a teoria do delito se preocupou em ter alguma “referenciabilidade social” e não apenas em construir um sistema perfeito e fechado. É o que aduz Luiz Flavio GOMES:

Com Welzel, então, pela primeira vez, vincula-se o sistema do fato punível com a realidade social e a hermenêutica. A consequência principal dessa conexão foi a construção de mais um critério delimitador do âmbito da normatividade do tipo penal: por razões sociais (tradição, cultura, costumes de um povo em determinado período histórico) ficam fora do âmbito do proibido (fora da literalidade dos tipos penais) algumas condutas danosas mas só aparentemente típicas (leia-se: não materialmente típicas).<sup>95</sup>

Outra vez aqui se discorda do autor, apenas no tocante à exclusão da tipicidade, entendendo-se ser a adequação apenas causa excludente da antijuridicidade da conduta, que, mesmo sendo típica, não é ilícita<sup>96</sup>.

Conforme ZAFFARONI e PIERANGELI, a adequação se refere à ética social material, não considerando crime um comportamento que é socialmente aceito. Ensina Welzel:

<sup>92</sup> PRADO, Luiz Regis. **Elementos de direito penal**: parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 31.

<sup>93</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 16.

<sup>94</sup> WELZEL, Hans. **Direito penal**. p. 106.

<sup>95</sup> GOMES, Luiz Flavio. **Direito penal**: parte geral. p. 354.

<sup>96</sup> É este também o posicionamento de Claus Roxin: “Conforme a la nueva concepción de Welzel la adecuación social no excluye la tipicidade, sino la antijuridicidad”. ROXIN, Claus. **Teoria del tipo penal**: tipos abiertos y elementos del deber juridico. Buenos Aires: De Palma, 1979. p. 49.

Se debe comprender también el carácter de lo injusto siempre y solamente a través de una referencia a los órdenes morales de la vida activa. [...] La función metódica de la adecuación social estriba en recortar de las palabras formales de los tipos, aquellos sucesos de la vida que materialmente no pertenecen a ellos, y en que con ello se logra que el tipo sea realmente una tipificación de lo injusto penal.<sup>97</sup>

A conduta insignificante por sua vez, continua sendo socialmente inadequada, tanto que formalmente típica, mas a lesão não é suficiente para que seja considerada passível de sanção penal. CAPEZ também faz tal distinção, afirmando:

Não se pode confundir o princípio em análise com o da insignificância. Na adequação social, a conduta deixa de ser punida por não mais ser considerada injusta pela sociedade; na insignificância, a conduta é considerada injusta, mas de escassa lesividade<sup>98</sup>.

Ao contrário do Princípio da Insignificância e, apesar de, como ele, não possuir limites bem definidos, o princípio da adequação se mostra muito mais razoável e menos prejudicial a sua aplicação, uma vez que analisa a totalidade do fato e não apenas o resultado. Ao contrário, resultado sempre há e inclusive podem ser bastante graves, como lesões que atletas lutadores de boxe podem causar reciprocamente. A adequação social é um claro exemplo de que não é o resultado desvalioso o aspecto mais relevante a ser observado quando da aferição da natureza criminosa de uma conduta e sim o próprio desvalor da conduta, que não existe de acordo com os sentimentos sociais em determinado momento histórico.

Veja-se os exemplos mais comuns na doutrina: a mãe que permite que se fure a orelha da filha recém-nascida para usar um adorno, as lesões reciprocamente causadas entre lutadores de boxe. Há resultado e o resultado pode inclusive ser grave, porém, sendo notória a aceitação **da conduta** pela sociedade, não pode responsabilizar seus autores pelos resultados que eventualmente alcançarem.<sup>99</sup>

Afirma Luiz Flavio GOMES:

Em todas as hipóteses citadas há um dano físico, naturalístico, para o bem material (ou ao menos um perigo), porém, não uma lesão desvaliosa (ou perigo de lesão) ao bem jurídico, mesmo porque ausente está a desaprovação da própria conduta do agente.<sup>100</sup>

<sup>97</sup> WELZEL, Hans. **Derecho penal: parte general**. p. 63/66.

<sup>98</sup> CAPEZ, Fernando. Op. Cit. p. 16.

<sup>99</sup> Trata-se de mais um claro exemplo de que não é o desvalor do resultado o que norteia a aplicação do direito penal.

<sup>100</sup> GOMES, Luiz Flavio. **Direito penal: parte geral**. p. 280.

Ao se concluir o presente capítulo verificou-se que o Princípio da Insignificância encontra origem entre outras propostas do Direito Penal Mínimo, procurando-se reduzir o âmbito de incidência do braço penal do Estado e, retomando o aforismo *nullum crimen sine injuria*, passou a ter ampla aplicação no mundo e no Brasil, apesar de ter critérios bastante indefinidos. Não se confunde com outras medidas de retração e interpretação restritiva do Direito Penal, como o Princípio da Intervenção Mínima, subsidiariedade e fragmentariedade do Direito Penal, nem com o procedimento dos Juizados Criminais ou princípios como da Adequação Social e Irrelevância Penal do Fato, sendo o único que tem o efeito de excluir a tipicidade da conduta considerada bagatela, não remanescendo contra ela qualquer efeito criminal.

Diante disto, o capítulo a seguir se dedicará mais detidamente à tipicidade penal.

## 2 TIPICIDADE

Tendo em vista que em decorrência da aplicação do Princípio da Insignificância será afastada a tipicidade da conduta, é necessário abordar a teoria do tipo, para posteriormente ser possível retornar aos fundamentos da aplicação do princípio.

O principal ponto de interesse do presente trabalho é saber se o comportamento de que se retira a pecha de criminoso, em razão da aplicação do Princípio da Insignificância, é ou não crime.

Alguns penalistas, conforme relata MACHADO, entendem ser desnecessária a construção de uma teoria do tipo, entendendo ser ela tautológica e mera decorrência do princípio da reserva legal. Porém, é evidente que o *nullum crimen sine praevia lege* não é suficiente para impedir que se pretenda meramente um conceito material de tipo, extremamente amplo, em que se encaixariam quaisquer condutas consideradas inoportunas por aqueles que detivessem o poder de definição disto em um dado momento. Por isto é que, mesmo aqueles que admitem uma maior abertura do tipo, entendem ser ele um garantidor do princípio da anterioridade da lei, sem com ele confundir-se.

Alexandre de MORAES, sobre o Princípio da Legalidade, afirma que “só por meio das espécies normativas devidamente elaboradas conforme as regras de processo legislativo constitucional, podem-se criar obrigações para o indivíduo, pois são expressão da vontade geral. Com o primado soberano da lei, cessa o privilégio da vontade caprichosa do detentor do poder em benefício da lei”.<sup>101</sup>

O princípio da legalidade, de que decorre a necessidade dos tipos, remonta ao Iluminismo, e configura uma imensa garantia do cidadão em face do arbítrio do Estado. De acordo com ROXIN:

O princípio da legalidade possibilita uma limitação do poder estatal e, conseqüentemente, a proteção da liberdade individual. Quando, por outro lado, a punibilidade não está definida em lei antes da prática do fato, nenhum efeito de intimidação pode atuar, pois ninguém sabe se seu comportamento acarretará penas ou não.<sup>102</sup>

Diante da importância de se ter perfeitamente delimitado o que seja o crime, através dos tipos, sempre anteriores aos fatos, antes de ser abordado o tema

<sup>101</sup> MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 13 ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 69.

<sup>102</sup> ROXIN, Claus; GÜNTHER, Arzt; TIEDEMANN, Klaus. **Introdução ao direito penal e ao direito processual penal**. p. 67.

do tipo penal e da tipicidade, será feita uma breve análise do conceito de crime, para então chegarmos ao seu conceito analítico do qual a tipicidade é um dos elementos.

Mais adiante, após ser abordada a tipicidade, serão verificadas as mudanças que as diversas Teorias da Conduta operaram sobre o conceito de crime e de tipicidade.

## 2.1 O CONCEITO DE CRIME

Para se atingir o desiderato maior do presente trabalho, que é demonstrar a inaplicabilidade do princípio da insignificância em face de sua incompatibilidade com os pressupostos dogmáticos e filosóficos de nosso ordenamento jurídico-penal, faz-se necessária a abordagem do conceito de crime, para então entrarmos no primeiro dos elementos de seu conceito analítico, que é a tipicidade. Afirma JESCHECK que um conceito de crime deve se ajustar aos fins e aos meios do direito penal, e “el fin del Derecho penal es la protección de la convivencia de los hombres en la comunidad frente a graves infracciones del Derecho.”<sup>103</sup>

No ensino de MACHADO:

O crime é, sempre, um desvalor jurídico (antes, objetivo; depois, objetivo-subjetivo); e esse desvalor jurídico varia espacial e temporalmente em consequência da mutação dos conceitos culturais, filosóficos e políticos.<sup>104</sup>

O legislador brasileiro não se preocupou em fornecer um conceito de crime, afirmando apenas, no artigo 1º da Lei de Introdução ao Código Penal e à Lei das Contravenções Penais que:

**Art. 1º.** Considera-se crime a infração penal a que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente.

A partir disto, na parte especial do Código Penal e em toda a legislação penal esparsa, o legislador faz as suas escolhas, atribuindo penas a diversos comportamentos que, desta forma, passarão a ser considerados criminosos.

<sup>103</sup> JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de derecho penal**: parte general. 4 ed. Granada: Comares, 1993. p. 177.

<sup>104</sup> MACHADO, Luiz Alberto. **Direito criminal**: parte geral. p. 77.

Entre os doutrinadores este é também o primeiro conceito de crime que encontramos: “crime é todo fato que a lei proíbe sob a ameaça de uma pena.”<sup>105</sup>

Tais definições são classificadas como conceito formal de crime, a que a doutrina aduz um conceito material, natural, criminológico e analítico.

O primeiro, conceito formal, lança mão simplesmente da existência de uma previsão legal do comportamento e pena relacionada a ele, para o definir como crime. O que, na visão de MACHADO, é uma formulação tautológica, que praticamente afirma que “crime é crime.”<sup>106</sup>

O conceito natural busca suas origens ainda no positivismo criminológico, notadamente no pensamento de Rafael Garofalo, que interpretava o crime como sendo uma ofensa a sentimentos essenciais para a existência da sociedade: a piedade e a probidade. Segundo Aníbal Bruno:

Este conceito procurou Garofalo fundamentar na ofensa trazida pelo crime a senso moral comum, constituído por sentimentos altruísticos fundamentais, dois dentre eles de validade universal [...]. Desses pressupostos resultou a fórmula do crime natural como ‘a violação dos sentimentos altruísticos fundamentais de piedade e de probidade, na medida média em que se encontram na humanidade civilizada, por meio de ações nocivas à coletividade.’<sup>107</sup>

Assim, existiriam crimes naturais e crimes que só o são porque uma lei assim os define, e o conceito natural de crime fica então extremamente impreciso.

A par do conceito natural, construiu-se também um conceito material de crime, levando em consideração o que se chamou de bem jurídico, necessidades e interesses humanos, individuais e coletivos, tutelados pela lei penal, e que, se ofendidos, a ofensa constitui crime.

Sobre tal tema, afirma BETTIOL:

Das duas concepções (formal e material) do crime, uma portanto acentua o elemento formal enquanto ‘fato’ qualificado juridicamente por uma norma penal; a outra, pelo contrário, embora mantendo-se resoluta ao lado do esquema formal assinalado pela norma, lança o olhar ‘às profundezas’ das quais o legislador extrai os elementos que dão conteúdo e razão de ser ao esquema legal.<sup>108</sup>

---

<sup>105</sup> BRUNO, Aníbal. **Direito penal – parte geral**. p. 281.

<sup>106</sup> MACHADO, Luiz Alberto. **Direito criminal**: parte geral. p. 78.

<sup>107</sup> BRUNO, Aníbal. Op. Cit. p. 283.

<sup>108</sup> BETTIOL, Guiseppe. **Direito penal**. (Tradução Paulo José da Costa Junior e Alberto Silva Franco). São Paulo: Revista dos tribunais, 1966. p. 209.

Tem-se então que “o conceito material busca a essência ontológica do delito, a fixação dos limites legislativos à incriminação de condutas,” segundo MACHADO, um tal conceito teria sabor “pré-legislativo”.<sup>109</sup>

Há ainda o conceito criminológico, que aqui se alude apenas brevemente, que considera o crime não apenas um problema jurídico mas principalmente um problema social que, para que assim seja tratado, deve acumular os seguintes requisitos: incidência massiva na população, incidência aflitiva, persistência espaço-temporal e inequívoco consenso.<sup>110</sup>

Verifica-se que em todas estas tentativas de buscar o que legitima a consideração de um fato como criminoso, sempre há a necessidade de se buscar algum elemento externo à lei. É o que verifica Ferrajoli:

De qué depende la bondad de las leyes y de las prohibiciones penales? Es obvio que no puede deducirse, tautológicamente, de la definición formal de delito, que considera delictivo todo comportamiento prohibido por la ley penal, sino que habrá que buscarla con criterios valorativos externos a la ley misma. Estos criterios, como hemos visto, son los que se incluyen más o menos genéricamente en las denominadas definiciones sustanciales de delito, que son compatibles con las descripciones formales e con el principio de legalidad.<sup>111</sup>

Enfim, concluiu-se que todos estes conceitos se mostram insuficientes ou extremamente indefinidos diante do caso concreto, sendo alguns muito amplos (material, natural e criminológico) e outro muito restrito (o formal). Isto levou a doutrina a, década após década, construir e aperfeiçoar o que se denominou conceito analítico de crime, decompondo o mesmo em alguns elementos. Tais elementos devem ser apreciados pelo aplicador tal como um caminho, uma seqüência de etapas, após a qual, se verificará se a conduta é criminoso ou não.

De acordo com tal conceito, fruto de profunda elaboração doutrinária, o crime é “uma ação a que se juntam os atributos da tipicidade, da antijuridicidade e da culpabilidade, donde o conceito analítico do crime como ação típica, antijurídica e culpável.”<sup>112</sup> Seriam os elementos comuns a todo fato punível.

Fica estabelecido então que o injusto é um comportamento típico não coberto por uma causa de justificação e, assim, o crime é a conduta humana típica,

<sup>109</sup> MACHADO, Luiz Alberto. **Direito criminal**: parte geral. p. 78.

<sup>110</sup> SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. p. 44-45.

<sup>111</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**: teoría del garantismo penal. p. 459.

<sup>112</sup> BRUNO, Aníbal. Op. Cit. p. 288.

antijurídica e culpável, elementos que devem se acumular e ser apreciados exatamente nesta ordem.

Tal decomposição do crime em alguns elementos, de acordo com MACHADO:

Não significa que os elementos encontrados na sua definição analítica ocorram sequencialmente, de forma cronologicamente ordenada; em verdade acontecem todos no mesmo momento histórico, no mesmo instante [...] Daí porque, em que pese a opinião de penalistas ilustres (Battaglini), a punibilidade não é um dos elementos analíticos do crime, pois que a sua indagação incorre no momento da sua realização e aperfeiçoamento.

JESCHECK destaca a importância deste conceito de crime, decompondo-o em suas categorias, afirmando que sem esta divisão:

[...] la solución de este caso queda insegura y dependiente de consideraciones sentimentales. Por el contrario, los elementos generales del concepto de delito, agrupados en la teoría general del mismo, posibilitan una jurisprudencia racional, objetiva y unitaria, y así contribuyen de manera esencial a garantizar la seguridad jurídica.<sup>113</sup>

Então, demonstrada a importância do conceito analítico de crime e mencionadas as categorias que o compõem, passa-se agora ao tratamento exclusivamente do primeiro elemento, a tipicidade, uma vez que esta é que é atingida e afastada com a aplicação do princípio da insignificância.

## 2.2 A AÇÃO TÍPICA

Tem-se que dizer “que uma ação é ‘típica’ ou ‘adequada a um tipo penal’ equivale a dizer que essa ação é aquela proibida pela norma. A teoria do tipo penal é, conseqüentemente, um instrumento conceitual para a identificação do comportamento proibido.”<sup>114</sup> Em regimes liberais, os comportamentos proibidos vêm sempre especificamente descritos em fórmulas legais, a que se usa chamar de tipo. A atividade de tipificar condutas cabe ao legislador, que, em agindo assim, contribui para que o Direito Penal mantenha uma de suas principais características, que é a fragmentariedade, ou seja, trata-se de um sistema descontínuo de ilícitos, em que, entre todos os comportamentos e relações que interessam ao Direito, apenas alguns são abarcados pelo Direito Penal. Comenta Günther ARZT:

<sup>113</sup> JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de derecho penal**: parte general. p. 176.

<sup>114</sup> BACIGALUPO, Enrique. **Direito penal**: parte geral. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 196.



O legislador descreve nos artigos correspondentes (“tipos penais”) os comportamentos que, de tão socialmente nocivos, devem ser reprimidos com o instrumento enérgico da ameaça punitiva. O legislador tipifica o comportamento socialmente nocivo como a ofensa a um bem digno e proteção resumidamente designado como bem jurídico.<sup>115</sup>

O mesmo autor, afirma ainda que “a questão – num primeiro momento – superficial sobre o que é de fato punível só pode ser respondida em face da disposição penal”<sup>116</sup>, ou seja, o tipo.

A doutrina costuma apresentar o desenvolvimento da teoria do tipo, a parti de um modelo que o tem como valorativamente neutro, passando pelo advento dos elementos normativos, até chegar à concepção que vê no tipo um conteúdo mais rico e complexo, que inclui dolo e culpa. De acordo com Roxin: “[...] el pasaje de unas concepciones a otras tiene um carácter fluído; asimismo, del hecho de que las teorías correspondientes a cada etapa de la evolución a menudo se superponen temporalmente”.<sup>117</sup>

De acordo com FRAGOSO, “o conceito de tipo remonta historicamente ao de *corpus delicti*, sendo empregado na antiga doutrina para significar o conjunto das características de determinado delito.”<sup>118</sup> O mesmo autor refere-se ainda à palavra alemã *Tatbestand*, que corresponde à expressão latina *corpus delicti*.<sup>119</sup> Mas a teoria do tipo penal em si, que trouxe relevante desenvolvimento ao estudo técnico do delito<sup>120</sup>, só aparece em 1906, com Ernst von Beling, com a obra *Die Lehre vom Verbrechen*, que, de acordo com ZAFFARONI:

Respeitando a sistemática do delito fundada sobre a cisão entre o injusto objetivo e uma culpabilidade subjetiva, introduziu no injusto uma distinção entre tipicidade e antijuridicidade, categorias que continuavam conservando seu caráter objetivo.<sup>121</sup>

<sup>115</sup> ROXIN, Claus; GÜNTHER, Arzt; TIEDEMANN, Klaus. **Introdução ao direito penal e ao direito processual penal**. p. 77.

<sup>116</sup> ROXIN, Claus; GÜNTHER, Arzt; TIEDEMANN, Klaus. **Introdução ao direito penal e ao direito processual penal**. p. 78.

<sup>117</sup> ROXIN, Claus. **Teoria del tipo penal**: tipos abiertos y elementos del deber juridico. p. 56.

<sup>118</sup> FRAGOSO, Heleno Claudio. **Lições de direito penal**: a nova parte geral. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. p. 156.

<sup>119</sup> FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Conduta punível**. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1961. p. 117. Também em nota de rodapé o mesmo autor explica que “a palavra *Tatbestand* é substantivo composto de *Tat* (fato) e *bestehen* (consistir), e literalmente significa aquilo em que o delito consiste. O mesmo autor informa que a doutrina italiana adota a expressão *fattispecie*, derivada também do latim (medieval), significando “figura do fato”. Op. Cit. p. 129.

<sup>120</sup> FRAGOSO, Heleno Claudio. **Conduta punível**. p. 115.

<sup>121</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. p. 450.

Neste tocante, tem-se que “foi apenas em 1906, com Beling, que o conceito de tipo adquiriu foros de cidadania criminal, desvinculando-se da formulação de Feuerbach (*nullum crimen sine praevia lege*).”<sup>122</sup> Beling fundamentou a construção do conceito trifásico de crime, de acordo WESSELS, ele, “sob tipo em sentido estrito entendeu a descrição isenta de valor dos elementos externos de uma ação.”<sup>123</sup> Segundo FRAGOSO, para Beling o tipo penal “não tem qualquer conteúdo valorativo, sendo meramente objetivo e descritivo, representando o lado exterior do delito, sem qualquer referência à antijuridicidade e à culpabilidade.”<sup>124</sup> Afirma BELING:

Todos los delito-tipos son, en consecuencia, de carácter puramente descriptivo; en ellos no se expresa aún la valoración jurídica calificante de lo “antijurídico” (tipo de ilicitud).<sup>125</sup>

E BELING assim fundamenta esta sua posição por uma análise objetiva do delito-tipo:

La ordenación que lleva de lo subjetivo a lo objetivo, tomada fundamentalmente, no corresponde al pensar jurídico; corresponde a la consideración moral de la conducta, no al sentido propio del Derecho, el cual, ante todo, es una regulación de lo externo en la vida social, que sólo se ocupa de lo interno mediatamente, en su relación con lo exterior.

Porém, comenta MACHADO:

Esse tipo de Beling incrivelmente puro, fechava-se de maneira estanque e impermeável em sua conceituação, não permitindo mais íntimas ligações com os demais elementos do crime e não satisfazendo, de consequência, à realidade e às necessidade do Direito Criminal.

Conforme ROXIN, faz-se necessária entender melhor este modelo de Beling, para quem “el tipo penal consiste en la descripción exterior de los elementos del tipo del delito”, esta objetividade se traduziria em um tipo que é objetivo e valorativamente neutro. No primeiro aspecto significa que “comprende únicamente elementos para cuya comprobación no se requiere la consideración de los aspectos anímicos del autor” e no segundo aspecto – neutralidade valorativa, afirma-se que “el tipo no contiene ningún juicio de valor del legislador”.<sup>126</sup> Mais adiante ainda

<sup>122</sup> MACHADO, Luiz Alberto. **Direito criminal**: parte geral. p. 90.

<sup>123</sup> WESSELS, Johannes. **Direito penal parte geral**: aspectos fundamentais. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1976. p. 30.

<sup>124</sup> FRAGOSO, Heleno Claudio. **Conduta punível**. p. 117.

<sup>125</sup> BELING, Ernst von. **La doctrina del delito-tipo**. Buenos Aires: Depalma, 1944. p. 16.

<sup>126</sup> ROXIN, Claus. **Teoria del tipo penal**: tipos abiertos y elementos del deber juridico. p. 57.

ressalta: “pero con la ‘neutralidad valorativa’ del tipo no sólo se quiere designar la neutralidad valorativa frente al legislador, sino también frente al juez”.<sup>127</sup>

A concepção de Beling precisou ceder a considerações de ordem teleológicas e já em 1915, “Mayer admitiu a inclusão de elementos que não apenas descritivos e objetivos, concluindo que, além do mais, o tipo possuía uma função indiciadora da antijuridicidade (ilicitude)”<sup>128</sup>, descobria-se os elementos normativos e subjetivos do tipo (que exigirão melhor análise do julgador), estabelecendo-se este como *ratio cognoscendi* da antijuridicidade. Futuramente, em 1930, Beling admite tal função indiciária.

Porém, mesmo com um certo avanço, segundo ROXIN: “Mayer permanece em la opinión de que los elementos normativos del tipo sólo constituyen casos particulares”. Normalmente os elementos do tipo são perceptíveis pelos sentidos, o que não ocorre com os normativos, cuja valoração não pertence ao tipo, mas à antijuridicidade, por isso seriam elementos impróprios do tipo penal.<sup>129</sup>

Expõe FRAGOSO, que BELING adotou a nomenclatura de *esquema unitário* para designar aquilo que o tipo representa, em que todas as suas características se entrelaçam. Este seria o *Leitbild*<sup>130</sup>, uma figura retora comum da face objetiva e subjetiva do tipo. É possível acompanhar o raciocínio de BELING em um exemplo que ele próprio fornece:

Tomemos el tipo “hurto”. Encontramos que todas sus características, así objetivas como subjetivas, se orientan hacia el esquema (*Leitbild*) “substracción de una cosa mueble ajena”. Para que exista un hurto, es necesario que esa substracción de una cosa mueble ajena 1º, se cometa; 2º que esté abarcada por el dolo del autor; y que, además, 3º, reúna el carácter típico suplementario “fin de apropiación” precisamente com respecto a la cosa ajena substraída.<sup>131</sup>

Tem-se como idéia central de BELING então que: “la faz objetiva y la subjetiva deben siempre coincidir de modo que tanto aquélla como ésta (dolo, culpa) sean regidas por um idêntico esquema” e exemplifica outra vez: “Solo el matar realmente a un hombre y la intencion dirigida a la muerte de un hombre hacen possible que surja la especie delictiva “asesinato.”<sup>132</sup> Assim, o “subtrair coisa alheia

<sup>127</sup> ROXIN, Claus. Op. Cit. p. 59.

<sup>128</sup> MACHADO, Luiz Alberto. Op. Cit. p. 90. No mesmo sentido FRAGOSO, Heleno Claudio. **Conduta punível**. p. 118.

<sup>129</sup> ROXIN, Claus. **Teoria del tipo penal**: tipos abiertos y elementos del deber juridico. p. 61-63.

<sup>130</sup> Que pode ser traduzido como exemplo.

<sup>131</sup> BELING, Ernst von. **La doctrina del delito-tipo**. Buenos Aires: Depalma, 1944. p. 6

<sup>132</sup> BELING, Ernst von. **La doctrina del delito-tipo**. Buenos Aires: Depalma, 1944. p. 7.

móvel” é o esquema comum do furto, bem como o “causar a morte de alguém” é o esquema do homicídio, esquemas que congregam as faces objetiva e subjetiva dos referidos delitos.

Este esquema não se confundiria com o “tipo de ilicitude” também mencionado pelo autor, este sim o lugar metodologicamente correto para a análise de elementos subjetivos.

FRAGOSO continua analisando a contribuição de Beling nesta fase, afirmando ser ela relevante do ponto de vista metodológico:

Se fracionarmos uma figura de delito – dizia – nos elementos que a constituem, veremos que o primeiro desses elementos é precisamente o delito-tipo, próprio dessa figura. Trata-se de um conceito, e não de um fato. Não é possível confundir uma representação conceitual com sua realização exterior.<sup>133</sup>

Complexa é a distinção de que BELING faz do delito-tipo, como um esquema reitor da análise das condutas, que sequer seria uma das características conceituais da figura delitiva, e do tipo de ilicitude, onde aí sim teriam relevância elementos normativos e subjetivos. O delito-tipo serviria como uma referência para a conduta. Porém, não se vê qual seja a relevância de tal divisão, uma vez que em se tratando de verificar se determinada conduta é criminosa ou não, fazendo-o a partir da verificação de sua tipicidade, não será possível ignorar os aspectos normativos e subjetivos que determinam também a adequação típica.

É BELING mesmo quem dá exemplo demonstrando a influência de elementos subjetivos na observação de um crime:

Para reafirmar el ejemplo de acción “impudica”; si es correcto (como aquí sin más podemos suponerlo) que el propósito lascivo es un carácter esencial de la “obscenidad” de modo que, por ejemplo, el médico que no obra con tal propósito no obra “impudicamente”, sin embargo, con ello no se afirma, por cierto, que cualquier modo de acción sea impudico por el solo hecho de que se presente con el propósito lascivo. La acción debe tener una especificidad de tal modo particular, que haga que se llame “obscena” cuando se cometa con propósito lascivo”.<sup>134</sup>

MEZGER por sua vez foi mais longe, afirmando que o tipo é a própria essência da antijuridicidade:

Muchos autores lo señalan como um ‘indicio’ de la antijuridicidad; es cierto que el tipo no demuestra siempre la antijuridicidad de la acción (a saber, cuando existe una causa de exclusión del injusto); pero la expression indicio se acerca demasiado, por otra parte, al mero fundamento del

<sup>133</sup> FRAGOSO. **Conduta punível**. p. 123. O autor aqui faz direta tradução a partir de: BELING, Ernst von. **La doctrina del delito-tipo**. Buenos Aires: Depalma, 1944. p. 8.

<sup>134</sup> BELING, Ernst von. **La doctrina del delito-tipo**. Buenos Aires: Depalma, 1944. p. 21.

reconocimiento, em tanto que el tipo fundamenta y o deja simplemente reconocer el injusto cuando una causa de exclusión del injusto no lo anula.<sup>135</sup>

Do ponto de vista de MEZGER toda causa excludente da antijuridicidade, conseqüentemente, excluiria também a tipicidade, seriam como elementos negativos presentes no tipo, o que para MACHADO, lembrando Maurach, consistiria num círculo vicioso, sendo necessário indagar da antijuridicidade para então verificar a tipicidade e vice-versa.

Temos assim que a tipicidade, primeiro elemento analítico do crime, é indício da antijuridicidade do mesmo, razão para a continuidade da análise do crime e apenas um dos aspectos do conteúdo material do injusto.

Posteriormente, ainda relacionada com as relações entre tipicidade e antijuridicidade, surge a questão dos elementos subjetivos do tipo, assim apresentada por Roxin:

H. A. Fischer, Hegler, M. E. Mayer y Mezger descubrieron que en muchos casos lo injusto del hecho depende de la dirección de la voluntad del autor – por tanto, de momentos subjetivos, anímico-interiores-, sin que por ello se trate de elementos de la culpabilidad.<sup>136</sup>

Porém tais autores teriam ficado ainda muito próximos ao pensamento de Beling, entendendo estes fenômenos subjetivos como exceções. Dando continuidade à análise do desenvolvimento da Teoria do Tipo, Roxin comenta a contribuição de Welzel, que afirmaria que o tipo não é valorativamente neutro, pelo simples fato de terem sido escolhidos tais comportamentos como penalmente relevantes.<sup>137</sup> Observando o tipo de injusto nos delitos dolosos, Welzel tece comentários sobre o crime tentado:

Efectivamente, en la tentativa no se puede comprobar en absoluto, en forma, puramente 'objetiva', es decir, sin considerar la decisión subjetiva del autor, qué tipo há de concretarse. [...] Si el dolo em el delito tentado pertenece al tipo de lo injusto y no a la culpa, él debe conservar la misma función también cuando el delito tentado pasa a la etapa de la consumación. **Con ello está abandonado el sistema de la determinación puramente 'objetiva' de lo injusto.**<sup>138</sup>

<sup>135</sup> MEZGER, Edmund. **Derecho penal**. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1957. p. 145.

<sup>136</sup> ROXIN, Claus. **Teoria del tipo penal**: tipos abiertos y elementos del deber juridico. p. 66.

<sup>137</sup> ROXIN, Claus. Op. Cit. p. 73.

<sup>138</sup> WELZEL, Hans. **Derecho penal: parte general**. p. 69. Interessante neste ponto uma outra conclusão a que o autor vai chegar, que toca à outra parcela do presente trabalho a ser comentada mais à frente. Afirma: "El disvalor del resultado puede faltar en el caso concreto, sin que se elimine el disvalor de la acción". p. 71.

Não se tem aqui a pretensão de ingressar no debate quanto a desempenhar ou não o tipo uma função indiciária da ilicitude. Conforme será comentado mais adiante, após o advento do finalismo, torna-se insustentável um conceito de tipo meramente objetivo, absolutamente neutro de valor. O que fica patente é que não é sem motivo que tal elemento vem em primeiro lugar no conceito analítico de crime, sendo possível afirmar-se que entre os três é o de maior relevância, já que é pressuposto da verificação da antijuridicidade do comportamento e da culpabilidade do autor. Quanto à importância do tipo, manifesta-se JESCHECK:

El tipo consiguió de esa manera, como punto de referencia para el juicio de la antijuridicidad y de la culpabilidad, y como el mas importante soporte de la función de garantía de la ley penal, una **posicion dominante en la estructura del delito**.<sup>139</sup>

A verificação então da existência de um tipo que descreva o comportamento e da correspondência deste a aquele se constitui em um dos pontos principais da atenção do operador do Direito Penal e a reflexão sobre o que efetivamente é o tipo e o que se exige para que a conduta apresente tipicidade deve concentrar os estudiosos do Direito Penal.

No ensino de ROXIN:

Do princípio da legalidade decorre imediatamente que um comportamento humano somente pode ser punido quando subsumido a um dispositivo que descreva expressamente o ato proibido ou mandamentado, cominando-lhe uma pena. A essa descrição de crime chamamos de tipo.<sup>140</sup>

Assim, é interessante partir-se da própria expressão “tipo”. Esta aparece no Código Penal Brasileiro a partir da reforma de 1984 e os manuais de Direito Penal, em sua maioria, iniciam a abordagem sobre o mesmo de forma um tanto semelhante, afirmando: “tipo é a descrição abstrata da conduta criminosa ou da conduta permitida”<sup>141</sup>; “tipo é uma expressão que designa todo conjunto de elementos unidos por uma significação comum”<sup>142</sup>; “consiste na descrição abstrata da conduta humana feita pormenorizadamente pela lei penal e correspondente a um

<sup>139</sup> JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de derecho penal**: parte general. p. 181

<sup>140</sup> ROXIN, Claus; ARZT, Gunther; TIEDEMANN, Klaus. **Introdução ao direito penal e ao direito processual penal**. p. 22.

<sup>141</sup> MONTEIRO DE BARROS, Flavio Augusto. **Direito penal**: parte geral. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 184.

<sup>142</sup> BACIGALUPO, Enrique. **Direito penal**: parte geral. p. 196.

fato criminoso”<sup>143</sup>; “é o modelo legal do comportamento proibido, compreendendo o conjunto de características objetivas e subjetivas do fato punível, [...], o tipo constitui a matéria da proibição”<sup>144</sup>; “é o modelo de comportamento humano, ao qual segue-se, em regra, uma conseqüência, que constitui o fato proibido, o que não deve ser”<sup>145</sup>; “é a descrição legal da ação proibida, nas dimensões subjetiva e objetiva”<sup>146</sup>; “a descrição exata das circunstâncias elementares do fato punível”.<sup>147</sup> Por fim, para Welzel, “todo tipo jurídico es una generalización de casos individuales posibles”.<sup>148</sup>

Ao iniciar sua exposição sobre a Teoria do Tipo, WESSELS, explica que este, em sentido amplo, corresponde à totalidade dos pressupostos da punibilidade. Dentro dele encontraremos o tipo em sentido estrito, que é “a descrição daqueles elementos que dão ao respectivo delito a estampa individual e caracterizam seu conteúdo típico de injusto em comparação aos demais delitos”<sup>149</sup>. Cita ainda o tipo total de injusto, que abrangeria as causas justificantes como elementos negativos do tipo, de que derivaria um conceito bifásico de delito, o que não é objeto do presente estudo neste momento.

Luiz Regis Prado, após afirmar que o Direito Penal é um Direito tipológico, aduz que “o tipo é a descrição abstrata de um fato real que a lei proíbe, vem a ser o modelo, o esquema conceitual da ação ou da omissão vedada, *dolosa ou culposa*”, trazendo ainda algo que difere um pouco dos conceitos de outros autores, quando diz que o tipo “é expressão concreta dos específicos bens jurídicos amparados pela lei penal.”<sup>150</sup>

#### Segundo WESSELS:

O fundamento do tipo de injusto é constituído pela *realização do tipo legal*. O conteúdo de injusto do fato encontra sua expressão nos elementos do tipo, que descrevem concretamente o desvalor típico da ação e do resultado do acontecimento.<sup>151</sup>

MACHADO aborda de forma bastante clara a distinção entre o fato e o tipo. “O fato reveste-se de todas as nuances, todo o colorido da conduta. O fato é

<sup>143</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: parte geral. p. 187.

<sup>144</sup> FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**: a nova parte geral. p. 156.

<sup>145</sup> TELLES, Ney Moura. **Direito penal**: parte geral I. São Paulo: Editora de Direito, 1996. p. 250.

<sup>146</sup> CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Teoria do crime**. São Paulo: Acadêmica, 1993. p. 21.

<sup>147</sup> BRUNO, Aníbal. **Direito penal**. p. 339.

<sup>148</sup> WELZEL, Hans. **Derecho penal: parte general**. p. 59.

<sup>149</sup> WESSELS, Johannes. **Direito penal parte geral**: aspectos fundamentais. p. 30.

<sup>150</sup> PRADO, Luís Régis. **Curso de direito penal brasileiro**, vol. 1: parte geral, art. 1º a 120. 5ª ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 363

<sup>151</sup> WESSELS, Johannes. Op. Cit. p. 29.

rico, variado, circunstanciado. O tipo é seco, conclusivo, fechado.” A ligação entre todos os detalhes que compõem o fato e este mesmo fato depurado no tipo, é a tipicidade, “a capacidade de adequação do fato ao tipo, a carga de tipo que o fato conduz.”<sup>152</sup>

Sendo a tipicidade a correspondência ou subsunção do fato à norma, é possível apontar uma série de funções para o tipo penal:

a) função seletiva – indica os comportamentos que são protegidos pela norma penal, que interessam ao Direito Penal; b) função de garantia e determinação – diz respeito ao cumprimento do princípio da legalidade dos delitos e das penas, formal e materialmente, inclusive quanto ao requisito da taxatividade (*lex scripta, lex praevia, lex stricta e lex certa*); c) fundamento da ilicitude (ilicitude tipificada – uma ação atípica é lícita); d) função indiciária da ilicitude – é a tipicidade a *ratio cognoscendi* da ilicitude; e) criação do mandamento proibitivo – a matéria proibida ou determinada; f) delimitação do *iter* criminis – assinala o início e o fim do processo executivo do crime.<sup>153</sup>

Sobre tais funções há diversos posicionamentos doutrinários, alguns atribuindo mais e outros menos funções ao tipo.

Na função seletiva, ele separa os fatos jurídico-penalmente irrelevantes (atípicos) das condutas típicas.<sup>154</sup> Tal função pode também ser chamada sistemática, desempenhando o tipo um papel de “objeto referencial”<sup>155</sup>, que permite a diferenciação dos diversos delitos, identificação dos conflitos sociais a que se referem e organização dos diplomas legais.

A função de garantia trata do papel político-criminal do tipo, auxiliando através de seus elementos e da linguagem, a comunicação entre Estado e cidadãos que, a partir do tipo, têm conhecimento da esfera de atuação permitida e de quais comportamentos podem ensejar a intervenção do Estado em sua liberdade ou privação de outros bens jurídicos<sup>156</sup>. Cumprindo esta função é que o tipo afasta a possibilidade do costume como fonte de norma incriminadora, veda a analogia e exclui a retroatividade de norma mais gravosa<sup>157</sup>. Para MACHADO, “o tipo é o

<sup>152</sup> MACHADO, Luiz Alberto. Op. Cit. p. 98.

<sup>153</sup> PRADO, Luis Régis. **Curso de direito penal brasileiro**, vol. 1: parte geral, art. 1º a 120. 5ª ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 363.

<sup>154</sup> Aqui já há uma possível provocação contra o Princípio da Insignificância, uma vez que, se a conduta se subsume à norma, já enquadrando-se nas condutas selecionadas pelo legislador como típicas.

<sup>155</sup> TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 168.

<sup>156</sup> Bustos Ramirez citado por TAVARES denomina esta função de função de instrução.

<sup>157</sup> TAVARES, Juarez. Op. Cit. p. 173.



garantidor, sem confundir-se com ele, do princípio da anterioridade da lei penal nos regimes políticos democrático-liberais.”<sup>158</sup>

Na explicação de CIRINO DOS SANTOS:

O modelo abstrato de ação proibida é o tipo legal: a adequação entre ação (realizada ou omitida) e tipo legal conforma a relação de tipicidade. O tipo penal realiza duas funções principais: uma função sistemática, como fundamento do fato punível; uma função política, como limitação do poder estatal de punir.<sup>159</sup>

JESCHECK ao tratar das funções repressivas e preventivas do Direito Penal, afirma que este tem uma força configuradora dos costumes e que “este efecto del Derecho penal se alcanza gracias a la creación de preceptos penales que, claros y accesibles a la comprensión del común de las personas, caracterizan con precision el contenido de **desvalor de la acción** prohibida.”<sup>160</sup> O mesmo autor, em outro trecho faz a interessante afirmação de que, atendendo-se à exigência da tipicidade como elemento do fato punível, ele não apenas limita a liberdade, mas a cria.<sup>161</sup>

De acordo com ZAFFARONI, “o tipo é um instrumento legal, logicamente necessário e de natureza predominantemente descritiva, que tem por função a individualização de condutas humanas penalmente relevantes (por estarem penalmente proibidas).”<sup>162</sup> Ainda segundo o mesmo autor, “o tipo é a forma que pertence à lei, enquanto a tipicidade pertence à conduta”.

Ocorre, porém, que boa parte da doutrina satisfaz-se apenas com estes conceitos iniciais quanto ao tipo e tipicidade, sendo poucos os que aprofundam a discussão acerca de ser, ou não, necessária alguma qualidade a mais do comportamento (além da mera correspondência formal ao tipo), para que deva ser considerado típico.

WESSELS, afirma simplesmente que “uma conduta é ‘adequada ao tipo’, quando se identifica com a *descrição do injusto do tipo de delito contido na lei*”.<sup>163</sup>

<sup>158</sup> MACHADO, Luiz Alberto. **Direito criminal**. p. 90.

<sup>159</sup> SANTOS, Juarez Cirino. **Teoria do Crime**. São Paulo: Acadêmica, 2003. p. 15.

<sup>160</sup> JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de derecho penal**: parte general. p. 4.

<sup>161</sup> JESCHECK, Hans-Heinrich. **Op. Cit.** p. 178. (Livre tradução do autor).

<sup>162</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Op. Cit.** p. 443.

<sup>163</sup> WESSELS, JOhannes. **Op. Cit.** p. 29. Sendo que sua valoração só estará completa com a posterior análise da antijuridicidade (ilicitude).

Um dos autores que difere da maioria, por tratar com maior cuidado sobre a tipicidade, é Heleno Cláudio Fragoso, que tece importantes considerações acerca de conduta e tipicidade. Afirma o autor que, em sendo o Direito um complexo de normas, não lhe interessa o crime como fato, mas como instituto jurídico. Assim, para definir crime não se deve partir de uma realidade fenomênica e sim de uma realidade normativa, interessa o crime como conceito. Nas palavras do autor:

A análise desse conceito nos demonstra que o primeiro elemento, ou a primeira característica do delito, é o tipo de conduta que a norma incriminadora apresenta. Há, portanto, evidente impropriedade na afirmação de que o crime é ação típica, antijurídica e culpável, partindo-se da observação dos fatos para ajustá-los a um conceito. Não é possível confundir uma representação conceitual, com sua realização, como *Beling* magistralmente acentuava. Assim sendo, **a conduta punível integra o tipo**. Rigorosamente, a ação deve ser estudada no capítulo referente à tipicidade.<sup>164</sup>

De acordo com o autor, trata-se de retificação metodológica de suma importância na tarefa dos juristas, segundo o próprio BELING:

Has aquí se há mostrado que el delito-tipo, para las figuras autónomas de delito de que se trata en cada caso, tiene el significado de un esquema regulador. Sin embargo, con ello no se agota su trascendencia. El delito-tipo es, aparte de eso, un concepto fundamental que domina al Derecho penal en toda sua extensión y profundidad. Esto resulta del hecho de que sin referencia a una figura autónoma de delito, toda disquisición jurídico-penal cai en el vacío.<sup>165</sup>

Assim, o tipo é verdadeira referência para o aplicador e o estudioso do Direito Penal, é realmente um guia para se saber que condutas interessam e que condutas são penalmente irrelevantes.

Entende-se, em consonância com o pensamento do referido autor, que não é correto afirmar-se que o crime é uma ação, a que aderem os atributos da tipicidade e da antijuridicidade, e sim é uma ação típica, porque já escolhida pelo legislador penal, ação típica que é também antijurídica e culpável. A primeira etapa é a verificação da adequação típica da conduta, “y esto es lo esencial, sin afirmarse con respecto a alguien la adecuación al delito-tipo, no puede darse ningún paso adelante para llegar a la punibilidad.”<sup>166</sup>

<sup>164</sup> FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**. p. 157. Com isto justifica-se a inclusão no presente estudo de uma análise das teorias da conduta, o que se considera indispensável para uma abordagem mais cuidadosa do Princípio da Insignificância.

<sup>165</sup> BELING, Ernst von. **La doctrina del delito-tipo**. Buenos Aires: Depalma, 1944. p. 12

<sup>166</sup> BELING, Ernst von. **Obra citada**. p. 13.

Antes de ser uma ação tipificada pelo Direito Penal, o comportamento não tem para este qualquer relevância.

Daí a importância de se estudar a ação típica quando se aborda o Princípio da Insignificância, sendo necessário ter claro o que se entende por ação típica já que ela é que será afastada quando da incidência do princípio.

De acordo com Aníbal Bruno:

A ação punível é antes de tudo um ilícito. Mas é, além disso, uma ação típica, uma ação que reproduz na realidade da vida o esquema abstrato da descrição de um fato punível contido na lei. **A tipicidade é esta conformidade do fato com a descrição precisa da definição legal.**

Mais adiante, verificando que o tipo não tem apenas elementos objetivos, o mesmo Aníbal Bruno aduz:

Mas a ação antijurídica e típica é expressão da vontade do agente, que deve, para completar o esquema do conceito do fato punível, penetrar nele com os seus elementos subjetivos, puros e normativos, que justificam o juízo de reprovação da ordem de Direito diretamente sobre o seu autor, isto é, que justificam a sua culpabilidade.<sup>167</sup>

Aqui o autor relacionou os aspectos subjetivos da conduta à culpabilidade do autor, porém, conforme veremos a seguir, os elementos subjetivos são parte integrante do tipo e devem estar presentes para que a ação possa ser considerada típica e penalmente relevante.

Não se pretende com a presente pesquisa, adentrar com mais ênfase a questões sobre ser a tipicidade indiciária da antijuridicidade ou não. Em verdade, o principal propósito é esclarecer qual o conteúdo do tipo, independente de tal suposta função indiciária, já que antijuridicidade e as causas que a excluem não estão diretamente ligadas ao problema da exclusão da tipicidade em razão da aplicação do Princípio da Insignificância.

## 2.3 ELEMENTOS DO TIPO

A partir da análise dos tipos penais, é possível verificar nos mesmos, a existência de diferentes elementos, o que alguns autores chamam também de dimensões. A seguir serão estes brevemente expostos, sendo que no item seguinte

<sup>167</sup> BRUNO, Aníbal. Op. Cit. p. 291. (GRIFO NOSSO)

serão abordadas as teorias da conduta e seus reflexos nos conceitos de tipo e tipicidade, lembrando que cada teoria da conduta tem seu entendimento próprio quanto aos elementos presentes no tipo.

Antes porém, de se adentrar aos elementos do tipo, será recordada uma possível classificação do tipo entre tipo formal e tipo material.

É comum encontrarmos distinção entre tipo e tipicidade material e tipo e tipicidade formal. Inclusive, os partidários do Princípio da Insignificância usam a noção de tipicidade material para justificar a aplicação do mesmo, afirmando que, em face da pequena lesão causada, a conduta seria apenas formalmente típica, mas não materialmente.

Na lição de MACHADO, “materialmente, a construção do tipo traduz a própria desvalorização jurídica da conduta. Formalmente, para usar-se a conceituação belingiana, o tipo é a imagem retora (*leitbild*) a que se deve ajustar a conduta para constituir-se em crime.”<sup>168</sup>

O tipo formal tem por função garantir as liberdades individuais e fundamentar o exercício do *jus puniendi* do Estado. Ou seja, é pela existência de descrições abstratas dos comportamentos proibidos, que o cidadão sabe exatamente que situações podem ensejar a intervenção do Estado em seus direitos fundamentais, como a liberdade e a propriedade por exemplo. Tipicidade formal seria então a mera subsunção, adequação do fato à norma, a configuração concreta da hipótese abstrata prevista no preceito primário da norma.

Luiz Flavio GOMES faz análise mais profunda do tema, apresentando os requisitos da tipicidade formal e material. Para a formal bastaria: “conduta, resultado naturalístico (nos crimes materiais), nexos de causalidade e adequação deste fato à letra da lei.”

Por outro lado, para conceituar o que seja a tipicidade material, os autores recorrem ao conceito material de crime, que, conforme já brevemente exposto, condiz com a efetiva lesão de um bem jurídico tutelado pelo direito penal. Neste mesmo pensar, tipicidade material seria uma qualidade a mais que se exigiria de um comportamento para que possa ser considerado típico, ou seja, além da perfeita subsunção à descrição formal da conduta, deve haver ainda a relevante lesividade da mesma, o que lhe confere tipicidade material.

---

<sup>168</sup> MACHADO, Luiz Alberto. Op. Cit. p. 95.

Por sua vez, os requisitos para tipicidade material (ou normativa conforme Luiz Flávio GOMES) seriam:

1º) juízo de desaprovação da conduta (criação ou incremento de riscos proibidos relevantes), 2º) juízo de desaprovação do resultado jurídico (ofensa desvaliosa ao bem jurídico) e 3º) juízo de imputação objetiva do resultado (o resultado deve ter conexão direta com o risco criado ou incrementado – 'nexo de imputação').

Em crimes dolosos não se pode olvidar ainda da dimensão subjetiva da tipicidade. O autor então conclui que para haver tipicidade formal e material devem estar presentes os seguintes requisitos:

(a) conduta (formalmente típica), isto é, realização formal da conduta descrita na lei; (b) resultado naturalístico típico (que só é exigido nos crimes materiais – homicídio por exemplo); (c) nexo de causalidade (entre a conduta e o resultado naturalístico nos crimes materiais) e (d) relação de tipicidade (adequação do fato à letra da lei).<sup>169</sup>

Tem-se novamente a demonstração da excessiva valoração do resultado em detrimento da apreciação do desvalor da conduta.

Ainda segundo Luiz Flavio GOMES, o resultado jurídico será desvalioso quando for concreto ou real, dirigido a bens jurídicos de terceiros, significativo (relevante) e intolerável. Arremata então em relação aos crimes dolosos dizendo: "a tipicidade, doravante, tem sempre que ser entendida também em sentido material. Tipicidade penal é a soma da tipicidade formal + tipicidade material ou normativa + tipicidade subjetiva."<sup>170</sup> É o que o autor chama de moderna teoria da tipicidade.

Parece existir na doutrina uma certa confusão entre tipicidade material e tipicidade formal, atribuindo à primeira um conteúdo relacionado ao resultado obtido pelo autor e não ao desvalor de sua conduta. Porém, ao contrário, sendo o conteúdo do tipo a descrição de uma conduta e não de um resultado, um comportamento será mais materialmente típico quanto maior seu desvalor, independente de seu resultado. O desvalor da conduta é o primeiro item a se verificar quando da análise da tipicidade material, porque nele é que se encontra a desaprovação à finalidade que torna a conduta desvaliosa, finalidade assumida pelo autor. Esta a real matéria de que trata o tipo.

<sup>169</sup> GOMES, Luiz Flavio. **Direito penal**: parte geral. p. 250-251.

<sup>170</sup> GOMES, Luiz Flavio. **Op. Cit.** p. 251.

Esclarece Luiz Flavio GOMES: “o conceito de danos pertence ao mundo natural, ao mundo físico (visível, perceptível). Leia-se: ao mundo da tipicidade formal.” Isto é evidente, uma vez que apenas analisando-se o aspecto exterior, perceptível da conduta será possível verificar a subsunção desta à previsão legal. Por outro lado continua o autor: “dano não é lesão ao bem jurídico, que é um conceito jurídico (valorativo ou axiológico, que pertence à dimensão da tipicidade material).”<sup>171</sup>

Os tipos recebem ainda outras classificações que não interessam diretamente ao presente estudo. Quanto à conduta podem ser comissivos, omissivos próprios e impróprios e comissivos por omissão. Em relação à vinculação ao resultado podem ser de mera conduta ou de resultado. Pode ainda ser de lesão ou de perigo (concreto ou abstrato). Seria ainda composto, simples ou alternativo; completo ou em branco; de forma livre ou vinculada; congruente ou originariamente incongruente, classificação que se refere à relação entre os aspectos objetivos e subjetivos da conduta. Mais uma vez nas palavras de MACHADO:

Esta classificação do tipo, resultando da fusão das procedidas por diversos autores, tem vantagem apenas relativa no exame dos crimes em espécie. O tipo vale, em verdade, pelos elementos que o integram e pela forma legislativa de que se reveste. O importante é dar certeza de seu conteúdo e garantir uma correta aplicação do Direito Penal democrático-liberal.<sup>172</sup>

ZAFFARONI traz ainda o conceito de **tipicidade conglobante**, que somada à tipicidade legal (formal) constituiria a tipicidade penal que se busca. Segundo o autor, por trás de todo tipo penal há uma norma anterior, por exemplo, ao tipo do homicídio – matar alguém, corresponde a norma – não matar. Diante disto, uma conduta só teria a chamada tipicidade conglobante se, além de adequada ao tipo, também apresentar antinormatividade:

Isto nos indica que o juízo de tipicidade não é um mero juízo de tipicidade legal, mas que exige um outro passo, que é a comprovação da tipicidade conglobante, consistente na averiguação da proibição através da indagação do alcance proibitivo da norma, não considerada isoladamente, e sim conglobada na ordem normativa. A tipicidade conglobante é um corretivo da tipicidade legal, posto que pode excluir do âmbito do típico aquelas condutas que apenas aparentemente estão proibidas.<sup>173</sup>

<sup>171</sup> GOMES, Luiz Flavio. **Direito penal**: parte geral. p. 280.

<sup>172</sup> MACHADO, Luiz Alberto. Op. Cit. p. 102.

<sup>173</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. Op. Cit. p. 459. Este raciocínio se coaduna perfeitamente com a possibilidade de exclusão da antijuridicidade de uma conduta através de causa suprallegal que é o princípio da adequação social.

Voltando a tratar dos elementos constitutivos do tipo, no ensino de TAVARES, temos que, primeiramente, “o tipo, tomado sempre em seu sentido estrito, compõe-se, normalmente, de um núcleo, representado pela ação ou omissão e seu objeto, tendo como base a lesão a um determinado bem jurídico”. Segundo o mesmo autor:

Como a norma penal é fundamentalmente uma norma de conduta, porque se destina a demarcar as zonas do lícito e do ilícito em relação aos sujeitos e a delimitar o poder de intervenção do Estado, a ação ou omissão típica violadora de bem jurídico é sempre representada por um verbo dotado de certo sentido.<sup>174</sup>

O núcleo é então sempre um verbo, transitivo, ou seja, verbo que pede um objeto. Ao redor do núcleo outros elementos se agregam, tornando o tipo ainda mais certo e definido.

Segundo WESSELS, em primeiro lugar, há os elementos descritivos, “que através de simples descrição expressam concretamente o que pertence à proibição ou ao comando típicos”. São aqueles constatados objetiva e faticamente.<sup>175</sup>

Estes elementos objetivos ou descritivos eram os únicos admitidos por Beling no delito-tipo. Hoje, após evolução e construção doutrinária ao redor dos elementos normativos e subjetivos, é possível olhar de forma crítica a posição de Beling. Porém, o autor teve o grande mérito de deter-se de forma mais técnica na análise da teoria do tipo. No extremo oposto, estaria a atitude de um Direito Penal de Vontade, adotado pela Escola de Kiel, na Alemanha, durante o período nacional-socialista. Para tal escola, o fundamental no fato punível seria a violação de um dever, ignorando-se os aspectos objetivos do fato.

Ao comentário quanto aos elementos objetivos, que descreve como “quadro externo de aparecimento do fato”, WESSELS aduz:

A ele pertencem a descrição do sujeito, do objeto e da ação executiva, incluindo eventualmente formas especiais de comissão, meios ou outras modalidades do fato. Na maioria das vezes pressupõe-se no tipo objetivo a ocorrência de um determinado resultado como efeito exterior da ação. Nestes delitos de resultado o nexa causal entre ação e resultado constitui igualmente um elemento (não escrito) do tipo objetivo.<sup>176</sup>

<sup>174</sup> TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. p. 175 e 183.

<sup>175</sup> MACHADO, Luiz Alberto. Op. Cit. p. 96.

<sup>176</sup> WESSELS, Johannes. **Direito penal parte geral**: aspectos fundamentais. p. 33

Desde logo destaque-se então que nos delitos de resultado exige-se que exista resultado, mas não **um determinado resultado**, ou de determinada significância (que não há como ser descrita no tipo).

No ensino de Welzel, a verificação dos elementos objetivos é inclusive necessária para se evitar um “Direito Penal da Vontade”, afirma ele:

Delito no es solamente mala voluntad, sino la mala voluntad que se concreta en un hecho. [...] La objetivación de voluntad encuentra típicamente su expresión en las ‘circunstancias de hecho’ objetivas, cuya totalidad constituye el tipo objetivo. [...] El tipo objetivo no es objetivo en el sentido de ajeno ao subjetivo, sino en el sentido de lo objetivado.<sup>177</sup>

Sobre tal tipo objetivo logo sobrepõe-se uma “concepção complexa do tipo penal”, no dizer de ZAFFARONI, oriunda da descoberta dos elementos subjetivos e normativos. Assim, além dos elementos objetivos, verifica-se a existência também de elementos normativos, que “só podem ser pesados sob o lógico pressuposto de uma norma e determinados pelo juiz por via de um juízo de valor supletivo”. MACHADO os classifica em jurídicos ou próprios e extrajurídicos ou impróprios, o que depende da fonte em que se vai buscar a interpretação do elemento constante do tipo, se o julgador socorre-se do próprio ordenamento jurídico, porém fora do direito penal, trata-se de elemento jurídico ou próprio. Caso o aplicador procure noções oriundas por exemplo dos costumes ou definições dadas por outras ciências, são elementos extrajurídicos ou impróprios.<sup>178</sup>

A mencionada concepção do tipo se aperfeiçoa com WELZEL, e “o conceito de tipo complexo, isto é, com um aspecto objetivo e outro subjetivo, dentro do marco de uma teoria do delito com três caracteres específicos: tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade” Assim, “a localização do querer do resultado no tipo resolve o problema da causalidade, que está limitada pela vontade, o querer do resultado passar a ser problema típico”, sendo que **“o tipo proíbe uma conduta e não uma causação”**.<sup>179</sup>

<sup>177</sup> WELZEL, Hans. **Derecho penal: parte general**. p. 71. Aqui se verifica a total insubsistência de comentário feito por Luigi Ferrejoli quanto ao pensamento de Welzel. O referido autor inclui a Teoria Finalista entre doutrinas que teriam progressivamente construído a concepção nazista de um tipo de autor. Com todo o respeito que merece o sistema garantista sustentado por Ferrejoli, impossível não se verificar o erro que comete ao afirmar: “[...] el concepto ‘finalista’ de acción de Welzel que responde a la idea de que la acción humana no es un hecho objetivo sino que comporta una finalidad y es evaluable y relevante sólo cuanto subjetivamente orientada a fines”. FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón: teoría del garantismo penal**. p. 486.

<sup>178</sup> MACHADO, Luiz Alberto. Op. Cit. p. 97.

<sup>179</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. Op. Cit. p. 453.



Então, por fim, há esses elementos subjetivos que são aqueles que “pertencem ao campo psíquico-espiritual e ao mundo de representação do autor”. A dimensão subjetiva do tipo corresponde a tudo que está no mundo anímico do agente. Com o dolo (trazido ao tipo pela Teoria Finalista), estes elementos compõem o que se chama tipo subjetivo. Seguindo, afirma WESSELS:

Elementos subjetivos do tipo, como elementos do injusto, encontram-se antes de tudo nos denominados ‘delitos de intenção’, onde uma representação especial do resultado ou do fim deve ser acrescentada à ação típica executiva como ‘tendência interna transcendente’; assim, por exemplo, a *intenção de se apropriar* do ladrão ou assaltante, a *intenção de enriquecimento* do extorsor, do estelionatário ou receptador, a *intenção de garantir a vantagem* do favorecedor.<sup>180</sup>

BRUNO comenta o pensamento de GERMANN, asseverando que:

A formulação objetiva dos elementos do tipo, diz ele, faz muitas vezes esquecer que eles precisam ser transportados para o plano subjetivo, que o que eles descrevem é sobretudo o conteúdo da vontade do dolo necessário; que em todo caso é preciso, para a punibilidade do fato, o dolo referente aos elementos do tipo e nem sempre (tentativa) a realização concreta deste.<sup>181</sup>

Sobre os elementos objetivos e subjetivos também comenta Welzel:

Contiene el tipo un aspecto objetivo y outro subjetivo. Tipo objetivo de injusto es la acción de hecho con el resultado eventual y las eventuales condiciones y características objetivas de autor; tipo subjetivo de injusto es el dolo con elementos subjetivos particulares de autoria.<sup>182</sup>

Quando os elementos subjetivos, que conformam então o tipo subjetivo, correspondem totalmente ao tipo objetivo, está-se diante de um tipo congruente. Quando isto não ocorre, trata-se de um tipo incongruente.

Luiz Alberto MACHADO fala ainda em elementos modais, que “são circunstâncias de tempo ou de lugar ou especiais qualificações do sujeito ativo ou do sujeito passivo.”<sup>183</sup>

WELZEL por sua vez faz a distinção entre tipo em sentido estrito e tipo em sentido lato. Em sentido lato ele abrange o tipo em sentido estrito, que seria o comportamento proibido, sua descrição objetiva e subjetiva. Além disto, abrange a

<sup>180</sup> WESSELS, Johannes. **Direito penal parte geral**: aspectos fundamentais. p. 34.

<sup>181</sup> BRUNO, Aníbal. **Direito penal**. p. 344. Ao mencionar a tentativa, o autor já prepara o terreno para temática que será tratada mais adiante relacionada a desvalor da ação e desvalor do resultado.

<sup>182</sup> WELZEL, Hans. **Derecho penal: parte general**. p. 62.

<sup>183</sup> MACHADO, Luiz Alberto. Op. Cit. p. 96.

antijuridicidade, a culpabilidade (dolo integrando a ação) e condições objetivas de punibilidade<sup>184</sup>.

## 2.4 TIPO E TEORIAS DA CONDUTA

Seguramente, ao tratar-se do tipo e da tipicidade penal, verifica-se não ser possível fazê-lo sem uma análise, ainda que breve, das teorias sobre a ação ou sobre a conduta, notadamente a Teoria Finalista, que alterou substancialmente o conceito de tipo.

Conforme CIRINO DOS SANTOS o debate entre os modelos causal e final até hoje não acabaram, sendo apenas agravados com o advento de novos modelos como o social e o pessoal.<sup>185</sup>

Das diferentes Teorias da Conduta decorrem diferentes concepções do tipo, notadamente do tipo doloso, que é o que mais nos interessa no presente trabalho. Assim, o tipo do crime doloso será mencionado nas linhas a seguir, que se destinam à abordagem da ação e suas teorias. Por isto é que aqui se discorda de posição expressa por ROXIN, para quem “na prática tais conceitos (de ação) pouco ou nada têm contribuído para a evolução do direito penal; [...] o que não possui importância prática não pode ser uma questão decisiva para a ciência.”<sup>186</sup> Ao contrário, ousa-se dizer que esta é uma das noções, se não a noção, mais decisiva para a Ciência e a prática do Direito Penal.

BELING, ao iniciar sua tratativa quanto à pretensão punitiva e seus pressupostos, logo assevera: “existe pretensión punitiva contra aquel que ha cometido una **“acción punible”** (delito en sentido lato).”<sup>187</sup>

Segundo relata JESCHECK, Berner teria sido o primeiro a trazer a ação como noção básica na estrutura do crime, diante do que “todo lo demás que se dice del delito únicamente son predicados.”<sup>188</sup>

<sup>184</sup> FRAGOSO, Heleno Claudio. **Conduta punível**. p. 127.

<sup>185</sup> CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **A moderna teoria do fato punível**. 3 ed. Curitiba: Fórum, 2004. p. 11.

<sup>186</sup> ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de direito penal**. Lisboa: Vega, 1986. p. 93.

<sup>187</sup> BELING, Ernst von. **Esquema de derecho penal**. Buenos Aires: Depalma, 1944. p. 19. (GRIFO NOSSO).

<sup>188</sup> BERNER citado por JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de derecho penal: parte general**. 4 ed. Granada: Comares, 1993. p. 181.

Conforme será comentado em momento oportuno, há quem sustente ser desnecessária a discussão sobre um conceito de ação pré-jurídico, sendo que ao Direito Penal interessam apenas as ações típicas. Sem dúvida são estas as ações que especificamente ocupam o Direito Penal, porém, deixa-se já aqui o posicionamento de que há sim um conceito pré-jurídico de ação, uma estrutura comum a toda e qualquer ação humana, da qual não pode olvidar o estudioso ou aplicador do Direito Penal ao deter-se sobre as ações típicas.

Este é portanto o tema das linhas que se seguem.

#### 2.4.1 A ação humana

O conceito de ação é importante num primeiro momento para que seja possível identificar casos de ausência de conduta. Depois, conforme Juarez Cirino dos Santos, ele cumpre ainda uma função metodológica, já que “é o fundamento do conceito de crime; a teoria da ação é a chave para compreensão da teoria do crime, como ação ou omissão de ação qualificada pelos atributos axiológicos de tipicidade, de antijuridicidade e de culpabilidade.”<sup>189</sup> Diz Aníbal BRUNO que “a ação é que dá corpo ao fato punível constituindo o elemento central do seu conceito, o suporte material, por assim dizer, sobre que assentam os outros elementos da tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade.”<sup>190</sup> Neste mesmo sentido é que MACHADO adverte: “em consequência do sistema de Direito Criminal, a opção por uma teoria da ação compromete, de forma evidente, todo o conceito analítico de crime”.<sup>191</sup>

Desnecessário dizer que o agir humano é diferenciado de qualquer outro, seja ele um agir criminoso ou não. Toda ação humana tem uma estrutura já previamente dada, presente em toda e qualquer ação. Ela sempre terá um sujeito, o agente e um destinatário, além de um elemento fundamental, que é a finalidade.

Porém, é possível encontrar no Direito Penal diferentes concepções do que seja ação, de acordo com diversas teorias construídas e revistas por décadas e décadas. Alguns encontrarão nela apenas uma modificação no mundo exterior, outros exigirão, além de tal modificação, a vontade de colocar-se em movimento e

---

<sup>189</sup> CIRINO DOS SANTOS. **Teoria do crime**. p. 19.

<sup>190</sup> BRUNO, Aníbal. **Direito penal**. p. 295.

<sup>191</sup> MACHADO, Luiz Alberto. **Direito criminal**: parte geral. p. 85.

encontraremos ainda os partidários de que só existe ação se existir uma finalidade a que a mesma se dirige.

O certo é que este é um conceito que não pode ser negligenciado por qualquer um que pretenda aprofundar-se em algum aspecto do Direito Penal. É o que salienta FRAGOSO:

O elemento básico e fundamental do conceito de crime é o que se refere à conduta ou ação. A análise do fato punível revela que ele é, essencialmente, uma conduta a que se acrescentam os atributos a que se referem a tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade. A ação é o dado objetivo primário da mais alta importância na teoria do crime.<sup>192</sup>

Desde logo, mesmo antes de adentrarmos às Teorias da Conduta, investigando nestas a visão que apresentam do tipo e da tipicidade penais, é necessário que fiquem claros alguns pressupostos de que se parte, e o principal pressuposto aqui e que guia a análise das teorias da ação, é o entendimento acima exposto quanto à estrutura da ação humana. Sendo ela dotada de finalidade, frisa-se aqui e em outros trechos do trabalho, que esta finalidade é da ação, trata-se de um sentido a que esta ação se dirige, sentido este que não está vinculado nem ao titular e nem ao destinatário da ação.

Motivos pertencem ao agente, a finalidade, por sua vez, é da ação. Motivo é um elemento que dá início à ação, dá ao agente as razões para agir, o que se dá na esfera interna do agente (e por isso será objeto do juízo de culpabilidade), por outro lado cada ação humana tem finalidades em si, finalidades que não se alteram dependendo de quem as pratica. É como se o titular desse início à ação e depois ela tomasse vida própria.

Há a possibilidade de uma ação humana ter sujeito e destinatário coincidentes, trata-se de uma ação interna. Nestes casos, não há o interesse do Direito, que só tratará das ações consideradas “ações sociais”, que, segundo WEBER, são aquelas cujos resultados atingem esfera de outrem, ao menos potencialmente. O próprio Direito é uma das principais ações sociais possíveis.

Diante da relevância de tal estudo para a compreensão da tipicidade, o que já foi ressaltado por FRAGOSO<sup>193</sup>, a seguir serão abordadas as principais

<sup>192</sup> FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Conduta punível**. p. 5.

<sup>193</sup> “A análise desse conceito nos demonstra que o primeiro elemento, ou a primeira característica do delito, é o tipo de conduta que a norma incriminadora apresenta. Há, portanto, evidente impropriedade na afirmação de que o crime é ação típica, antijurídica e culpável, partindo-se da observação dos fatos para ajustá-los a um conceito. Não é possível confundir uma representação

teorias da conduta e suas respectivas concepções de tipo e seus elementos, enfatizando-se, porém, a Teoria Finalista, uma vez que esta provocou as maiores mudanças em relação ao conteúdo do tipo e é a que cristalinamente é adotada por nosso ordenamento jurídico-penal.

#### 2.4.2 Teoria Causal

Com base no mecanicismo do século XIX, esta teoria é responsável pela construção do conceito naturalístico de ação, qual seja: “conduta voluntária que causa modificação no mundo exterior.”<sup>194</sup> A ação é “causação de um resultado exterior por um fazer ou não-fazer voluntários.”<sup>195</sup>

A idéia predominante neste momento era de que todo fenômeno deveria e poderia ser explicado a partir de leis físicas, de observação e repetição de experiências, aplicando-se então métodos das ciências naturais, biológicas, a ciências sociais, tais como o Direito. A adoção de tal postura nas ciências se deu principalmente pelo sucesso que esta forma de abordagem obteve nos citados setores das ciências, a partir de modelos matemáticos e da sugestão de teorias que, a partir da experiência, por algum tempo parecem ser aceitáveis. A ligação entre a matéria e um movimento (mudança exterior), se dá pelo nexo de causalidade e não por uma finalidade.

No Direito Penal, é possível verificar esta forma de pensar na contribuição de Liszt, Beling e Radbruch para quem a ação é um comportamento corporal produzido pelo domínio sobre o corpo. Essa movimentação causa alguma transformação no mundo exterior, mesmo que esta não seja perceptível pelos sentidos. Conforme o próprio BELING:

Para un individuo, la punibilidad surge siempre solamente de sus propias acciones. Debe entenderse por “acción” un comportamiento corporal (fase externa, “objetiva” de la acción) producido por el dominio sobre el cuerpo (liberidad de inervación muscular, “voluntariedad”), (fase interna, “subjetiva de la acción”); ello es, un “comportamiento corporal voluntario”, consistente ya en un “hacer” (acción positiva), ello es, un movimiento corporal.<sup>196</sup>

---

conceitual, com sua realização, como *Beling* magistralmente acentuava. Assim sendo, **a conduta punível integra o tipo**. Rigorosamente, a ação deve ser estudada no capítulo referente à tipicidade.” FRAGOSO, Heleno Claudio. **Lições de direito penal**: a nova parte geral. p. 157.

<sup>194</sup> FRAGOSO, Heleno Claudio. **Conduta punível**. p. 7.

<sup>195</sup> CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Teoria do crime**. p. 18.

<sup>196</sup> BELING, Ernst von. **Esquema de derecho penal**. p. 19-20.

Assim:

A ação teria por componentes, (a) – a vontade; (b) – a efetivação ou manifestação da vontade no mundo exterior, através de um fazer ou não fazer, e, (c) – o resultado dessa manifestação de vontade. Note-se, porém, que **o conteúdo da vontade permanece estranho ao conceito de ação**<sup>197</sup>.

CIRINO DOS SANTOS usa expressões atribuídas a BELING, para enfatizar a estrutura meramente objetiva da ação:

A ação humana, mutilada da vontade consciente do autor, determinaria o resultado como uma forma sem conteúdo, ou um fantasma sem sangue, conforme expressão do próprio BELING; a voluntariedade da ação indicaria, apenas, ausência de coação física absoluta.<sup>198</sup>

A vontade seria analisada apenas no momento da aferição da culpabilidade e a ação causal assim seria apenas objetivamente estruturada:

[...] a) a ação ou omissão de ação determinantes do resultado, mutiladas da vontade consciente, parecem formas sem conteúdo; a voluntariedade da ação significa simplesmente ausência de coação física absoluta; b) **o resultado, como modificação do mundo exterior, é elemento constitutivo do conceito: não há ação sem resultado exterior.**<sup>199</sup>

Ensina MACHADO que, em se adotando a teoria causal ou naturalista: “a ligação entre a vontade e o resultado natural faz-se pela relação de causalidade física, não se examinando os fins visados pelo agente ou a sua consciência (representação do fato)”.<sup>200</sup>

Tal teoria enfrentou severas críticas advindas da incompatibilidade da exigência do resultado em caso de tentativa; da existência de elementos subjetivos do tipo, porque não conciliaria ação em sentido estrito e omissão e nem explica crimes sem resultado natural<sup>201</sup>, mas tem o grande mérito de deixar claro que só é penalmente relevante uma ação determinada e de um certo indivíduo, estando excluídas alguma propriedade do homem (periculosidade por exemplo), um estado,

<sup>197</sup> FRAGOSO, Heleno Claudio. **Conduta punível**. p. 9 (GRIFO NOSSO).

<sup>198</sup> CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **A moderna teoria do fato punível**. p. 12.

<sup>199</sup> CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Teoria do crime**. p. 18. Aqui percebe-se a razão porque o Princípio da Insignificância, ao exigir um determinado resultado para considerar uma ação típica, estaria mais adequado a um sistema jurídico-penal que adotasse o causalismo, o que não ocorre no sistema brasileiro.

<sup>200</sup> MACHADO, Luiz Alberto. **Direito criminal: parte geral**. p. 86.

<sup>201</sup> MACHADO, Luiz Alberto. **Op. Cit.** p. 86.

o simples querer ou pensar, comportamentos que não provenham da própria voluntariedade e também esclarece que só o homem individualmente pode agir.<sup>202</sup>

A mencionada desintegração da teoria causal, conforme CIRINO DOS SANTOS, se deu então por algumas contradições metodológicas insanáveis, como “na teoria do tipo, a verificação da necessidade do dolo para caracterizar a tentativa de qualquer crime doloso – se presente na tentativa, não pode desaparecer no fato consumado –, mostra que o tipo de conduta proibida não contém, exclusivamente, elementos objetivos”, bem como a descoberta de uma “dimensão subjetiva na área do injusto”.<sup>203</sup>

Segundo ASSIS TOLEDO, toma-se um fenômeno extremamente complexo e nele se acentua exclusivamente o aspecto da causalidade.<sup>204</sup>

Diante disto, surge o chamado sistema neo-clássico.

#### 2.4.3 Teoria Normativa ou Neoclássica

Superando a teoria naturalista, fundada na filosofia dos valores, surge a teoria normativa, também denominada neo-clássica, afirmando que “ação é conceito de valor e finalístico, que não se esgota numa simples posição de causa.”

A partir daqui será considerado ação o comportamento dirigido a um fim. “A modificação do mundo exterior passa aqui a um plano secundário, adquirindo importância a valoração da conduta no meio social ou no campo do direito.”<sup>205</sup>. Aponta-se Binding como principal partidário desta concepção, para quem ação é realização de vontade juridicamente relevante. Segundo CIRINO DOS SANTOS, trata-se da tentativa de reorganizar o modelo causal segundo fins e valores do Direito Penal. O mesmo autor apresenta síntese das consequências deste modelo:

O conceito de ação deixa de ser apenas naturalista para ser, também, normativo, redefinido como comportamento humano voluntário; a tipicidade perde a natureza livre-de-valor para incluir elementos normativos, como documento, motivo torpe, etc., e elementos subjetivos, como a intenção de apropriação, no furto, e, até mesmo, o dolo, na tentativa; a antijuridicidade

<sup>202</sup> BELING, Ernst von. **Esquema de derecho penal**. p. 20-21.

<sup>203</sup> CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **A moderna teoria do fato punível**. p. 13.

<sup>204</sup> TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**: de acordo com a Lei 7.209, de 11-07-1984 e com a Constituição Federal de 1988. p. 103.

<sup>205</sup> FRAGOSO, Heleno Claudio. **Conduta punível**. p. 14.

indica não apenas a infração formal da norma jurídica, mas o significado material de dano social, admitindo graduação do injusto conforme o valor lesionado; a culpabilidade, sensível a juízos de valor, se estrutura como conceito psicológico-normativo, com a reprovação do autor pela formação de vontade contrária ao dever; somente comportamentos reprováveis podem ser atribuídos à culpabilidade do autor.<sup>206</sup>

Fragoso cita MEZGER neste tocante:

A problemática do conceito de ação se resolve com o fato de que o direito positivo não se edifica sobre um conceito natural de ação, senão que toma como ponto de partida uma conduta valorada.<sup>207</sup>

Sequer poderia ser diferente, uma vez que se trata sempre de ação humana.

Assim, na concepção da teoria normativa:

**Não há crime sem resultado. Este, no entanto, não significa necessariamente a modificação do mundo exterior, como resultado natural; [...] O que importa é a composição do tipo.** O resultado está como consequência da relevância, mas esta é mais do que aquele, pois sempre resulta na configuração do tipo. O resultado natural (= modificação no mundo exterior), quando existe, pode ser apenas parte, elemento integrante do tipo. A relevância é o todo; o crime é um ente jurídico.<sup>208</sup>

Porém, tanto quanto a teoria anterior, também esta teoria continua apreciando apenas o querer cego, diferentemente do finalismo, que será tratado a seguir.

#### 2.4.4 Teoria Finalista

Teoria responsável pelas maiores transformações operadas no Direito Penal, teve seu início com Hans Welzel, sendo que há muito já se verificara que toda ação se constitui de uma força física e de uma força psíquica. Porém o autor, crítico do naturalismo, construiu a teoria cuja principal afirmação é que o conteúdo da vontade integra o conceito de ação e teve contribuições de autores como Maurach-Zipf, Armin Kaufmann, Stratenwerth e Hirsch.<sup>209</sup>

Já o advento dos elementos subjetivos do tipo havia desfeito o esquema proposto por Beling, verificando-se que em diversas situações é

<sup>206</sup> CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **A moderna teoria do fato punível**. p. 14.

<sup>207</sup> FRAGOSO, Heleno Claudio. **Op. Cit.** p. 16.

<sup>208</sup> MACHADO, Luiz Alberto. **Direito criminal**: parte geral. p. 87. (GRIFO NOSSO)

<sup>209</sup> CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **A moderna teoria do fato punível**. p. 15.



necessário considerar a vontade do agente para que seu comportamento, dirigido a um resultado, possa ser considerado crime. FRAGOSO recorda ainda Liepmann, que afirma que “vontade é aquele fenômeno da consciência mediante o qual estabelecemos causas”<sup>210</sup> Comentando o tipo subjetivo, assim afirma Welzel:

Toda acción conciente es llevada por la decisión de acción, es decir, por la conciencia de lo que se quiere – el elemento intelectual-, y la decisión de querer realizarlo – el elemento volitivo. [...] La acción objetiva es la ejecución finalista del dolo.<sup>211</sup>

Reconhece tal teoria que todo querer humano tem alguma finalidade, portanto, ação é sempre a realização de atividade final. “A teoria finalista procura visualizar o homem dentro do seu contexto existencial: o homem, quando atua, vê o fim e escolhe os meios.”<sup>212</sup> Comenta CIRINO DOS SANTOS que “na ação humana, a vontade é a energia produtora da ação, enquanto a consciência do fim é sua direção inteligente: a finalidade dirige a causalidade para configurar o futuro conforme o plano do autor.”<sup>213</sup> Assim, no ensino de WELZEL, a causalidade é apenas elemento de toda ação: “toda ação é colocar em movimento a causalidade”<sup>214</sup>, mas ação não é apenas série de causas e efeitos.<sup>215</sup> Em outra obra aduz: “Como son acciones finalistas las que estructuran la vida de la comunidad, así también lo son las que la lesionan. [...] el hombre no es únicamente un sér que actúa finalmente, sino también un sér moralmente responsable de sus acciones”.<sup>216</sup>

O dolo é trazido para a ação e “à culpabilidade fica reservado apenas o juízo de reprovação e a consciência da ilicitude da conduta”<sup>217</sup>. O dolo é que dá a forma do acontecimento externo.

Segundo WESSELS, referindo-se na maioria das vezes a delitos patrimoniais:

Na doutrina jurídico-penal alemã, reconhece-se hoje, geralmente, a existência dos elementos subjetivos do injusto. Discutível resta apenas a questão de se o dolo, como elemento subjetivo do tipo, também pertence ao campo do injusto da ação, ou se, correspondentemente à teoria tradicional, só determina a forma de culpabilidade. Para a teoria finalista a classificação do dolo no tipo de injusto decorre automaticamente, porque a vontade diretora do acontecimento constitui a espinha dorsal da ação e é, nesta doutrina, o núcleo do injusto pessoal do agir. Mas também do ponto de vista

<sup>210</sup> FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Conduta punível**. p. 29.

<sup>211</sup> WELZEL, Hans. **Derecho penal: parte general**. p. 73.

<sup>212</sup> MACHADO, Luiz Alberto. **Direito criminal**: parte geral. p. 87.

<sup>213</sup> CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Op. Cit.** p. 16.

<sup>214</sup> WELZEL, Hans. **Direito penal**. p. 85.

<sup>215</sup> BRUNO, Aníbal. **Direito penal**. p. 302.

<sup>216</sup> WELZEL, Hans. **Derecho penal: parte general**. p. 36.

<sup>217</sup> FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Conduta punível**. p. 19.

da teoria social, que vê na ação típica uma unidade de sentido jurídico-social dominada pela vontade humana, pesados motivos falam a favor de se agregar o dolo do tipo, como relação de fato psíquica (consciência e vontade em relação à realização do tipo objetivo), ao tipo subjetivo do injusto.<sup>218</sup>

Conforme explica Eugênio PACHELLI DE OLIVEIRA, ao apresentar obra de Roxin, Arzt e Tiedemann:

Ao entendimento de que o homem poderia controlar cursos causais por meio da antecipação de sua ação e do resultado dela advindo, o finalismo retirou o dolo (e a culpa) da culpabilidade para alojá-los no próprio tipo, instituindo a ação final como um dado que não poderia ser ignorado pelo sistema penal.<sup>219</sup>

A partir do finalismo a vontade passa a ser o elemento central da ação, decorrendo da diferença entre fatos naturais e ações humanas, conforme explica Juarez Cirino dos Santos: “o fato natural é fenômeno determinado pela causalidade; a ação humana é acontecimento dirigido pela vontade consciente do fim.”<sup>220</sup>

No mesmo sentido ensina FRAGOSO: “A vontade, segundo o entendimento dominante, é o conteúdo essencial do conceito de ação. É o elemento psicológico, subjetivo, que caracteriza a ação humana e a distingue dos acontecimentos do mundo físico”.<sup>221</sup> E o próprio WELZEL aqui aduz: “fundamento real de todo delito é a objetividade da vontade em um fato externo”.<sup>222</sup> O mesmo autor aduz:

Como la finalidad se basa en la capacidad de la voluntad de prever em determinada escala las consecuencias de la intervención causal, y con ello dirigirla según un plan hacia la obtención del objetivo, la voluntad conciente del objetivo, que dirige el acontecimiento causal, es la espina dorsal de la acción finalista. Ella es el factor de dirección, que sobredetermina el acontecimiento causal exterior, sin el cual éste, destruido en su estructura material, degeneraría en un proceso causal ciego. Por eso, pertenece también a la acción, la voluntad finalista, como factor que conforma objetivamente el acontecimiento real.<sup>223</sup>

Referindo-se já ao conteúdo de tal vontade, MACHADO aduz que:

Para a teoria finalista a vontade que a ação porta é uma vontade final. Mas a vontade, mais do que a voluntariedade da teoria causal naturalista, é vazia de conteúdo, a ser examinado em outro momento. Sendo, a ação

<sup>218</sup> WESSELS, Johannes. **Direito penal parte geral: aspectos fundamentais**. p. 35.

<sup>219</sup> ROXIN, Claus; ARZT, Gunther; TIEDEMANN, Klaus. **Introdução ao direito penal e ao direito processual penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

<sup>220</sup> SANTOS, Juarez Cirino. **Teoria do crime**. p. 17.

<sup>221</sup> FRAGOSO, Heleno Claudio. **Conduta punível**. p. 28.

<sup>222</sup> WELZEL, Hans. **Direito penal**. p. 116. De modo que o finalismo não prescinde de algum resultado para a verificação da conduta.

<sup>223</sup> WELZEL, Hans. **Derecho penal: parte general**. p. 40.

final, mera vontade exteriorizada para o alcance de um fim, **o conteúdo desta vontade encontra-se no tipo**. Este, em conjunto com a ação, porta o conteúdo da vontade.<sup>224</sup>

Ou seja, não se trata meramente da vontade de se movimentar, mas sim da vontade de realizar o tipo, o que é também diverso dos motivos do autor da conduta.<sup>225</sup> Com isso, de acordo com ASSIS TOLEDO, “obteve-se um conceito dogmático mais enriquecido da ação humana”.<sup>226</sup> É WELZEL mesmo quem afirma: “a ação tipicamente adequada não pode ser compreendida de nenhuma maneira sem a tendência subjetiva da vontade que determina o acontecer exterior”<sup>227</sup>, e, “**o resultado da direção final pode esgotar-se na simples atividade**”<sup>228229</sup>. Cite-se ainda Aníbal BRUNO:

O tipo é o ponto de referência obrigatório para a apreciação jurídica do fato, não só na sua realização objetiva, mas ainda no seu aspecto subjetivo; o conteúdo da consciência e da vontade que constitui a culpabilidade do agente deve corresponder aos componentes do tipo.<sup>230</sup>

Importante perceber e salientar que então o real conteúdo do tipo é a vontade, que não se confunde com vontade ou motivos do seu autor, mas vontade como a finalidade da ação descrita no tipo (tendo em conta o já exposto, que toda ação humana tem uma finalidade em si). Questões relacionadas à capacidade de querer do autor do crime, à possibilidade que este teria de entender o caráter ilícito da sua conduta e de portar-se conforme tal entendimento, serão analisadas no momento da culpabilidade. Ainda, se algum motivo relevante movia pessoalmente o autor, influenciando na percepção que este teria da ilicitude do que praticava, isto também poderá ser analisado pelo juiz ao verificar as circunstâncias judiciais, bem como as atenuantes e agravantes de sua pena.

<sup>224</sup> MACHADO, Luiz Alberto. Op. Cit. p. 103.

<sup>225</sup> É possível aqui perceber o fato de que toda ação humana tem uma finalidade, finalidade esta que independe dos motivos do seu autor. Tanto é assim, que, por exemplo, o motivo de relevante valor moral não exclui a ação de um possível homicida. Sua vontade era matar e por isto responderá, ainda que lhe socorra o motivo como atenuante.

<sup>226</sup> TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**: de acordo com a Lei 7.209, de 11-07-1984 e com a Constituição Federal de 1988. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 103.

<sup>227</sup> WELZEL, Hans. **Direito penal**. Campinas: Romana, 2003. p. 113.

<sup>228</sup> WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal**: uma introdução à doutrina finalista. (Trad. Luiz Régis Prado). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 31. (GRIFO NOSSO).

<sup>229</sup> BETTIOL, em sentido semelhante afirma: “se é verdade que a vontade que deve ter preeminência, é sempre verdadeiro que não há uma vontade sem escopo. A vontade mostra-se ainda orientada rumo ao bem jurídico, so que o crime se considera consumado no momento em que o bem jurídico é exposto a perigo pela atividade do réu, sem esperar-se que seja efetivamente atingido.” BETTIOL, Guiseppe. **Direito penal**. (Tradução Paulo José da Costa Junior e Alberto Silva Franco). São Paulo: Revista dos tribunais, 1966. p. 216.

<sup>230</sup> BRUNO, Aníbal. **Direito penal**. p. 347.

A relação direta existente então entre teoria da ação e teoria do tipo é plenamente estabelecida pelo finalismo<sup>231</sup>. Anteriormente já se mencionou e aqui se reitera: a ação de que trata o direito penal não é um acontecimento do mundo natural, mas é uma entidade jurídica, ou seja, é já a ação selecionada pelo legislador e assim tornada típica. Novamente cite-se CIRINO DOS SANTOS neste sentido:

A unidade subjetiva e objetiva da ação humana é o fundamento real da estrutura subjetiva e objetiva do tipo de injusto. A **homogenia entre teoria da ação e teoria da ação típica** (ação concreta adequada a um tipo legal, portanto, substantivo adjetivado) é um dos méritos do modelo final.<sup>232</sup>

Outra vez então se diga que o conteúdo de vontade que se procura ao analisar-se a tipicidade é a vontade do tipo, ou seja, a finalidade da ação descrita no tipo. A partir do momento em que o autor da conduta iniciar a execução da mesma, a ação adquire a sua finalidade própria, subtrair patrimônio alheio, tirar a vida de alguém, ofender a honra ou a integridade física de outrem, e tantas outras finalidades consideradas criminosas. Um exemplo de que tanto a ação realmente tem uma finalidade própria, finalidade que independe de seu autor e até mesmo do seu sucesso, é que a tentativa é punida com as mesmas penas do crime consumado.

É o caso, por exemplo, daquele que, lançando-se à ação com a finalidade de tirar a vida de alguém, apenas o lesiona. Estando claro que não é meramente a modificação do mundo exterior que determina a relevância penal de uma conduta, o indivíduo será processado e eventualmente apenado por um homicídio tentado e não pelas lesões consumadas.

O finalismo é o único que se compatibiliza com o exposto acima, e traz uma abordagem sobre a conduta penalmente relevante que efetivamente não subestima o ser humano, o aprecia em toda a sua potencialidade de pessoa, como homem livre, digno e responsável, afinal, “apenas o homem, como pessoa, tem entre todos os seres vivos o privilégio de romper com sua vontade, o anel da necessidade.”<sup>233</sup>

É por tal razão que é o modelo que também melhor serve aos fins do direito penal:

<sup>231</sup> No que se refere à inclusão da ação como elemento do tipo, interessantes os comentários feitos em notas de rodapé por Aníbal Bruno. BRUNO, Aníbal. **Direito penal**. p. 297-298.

<sup>232</sup> CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **A moderna teoria do fato punível**. p. 16. (Grifo nosso)

<sup>233</sup> WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal**. p. 95.

[...] a estrutura final da ação seria pressuposta na função atribuída às normas penais, que se dirigem à vontade humana como proibições ou como determinações de ação: a estrutura final da ação humana seria constitutiva para o direito penal, cujas proibições ou mandatos não se dirigem a processos causais cegos, mas a ações humanas que configuram finalisticamente o futuro.<sup>234</sup>

A maior dificuldade enfrentada por esta teoria é a explicação dos crimes culposos em que, evidentemente, não há um fim injurídico. Porém, não é possível negar que tanto quanto nos crimes dolosos, nos culposos o autor também tem condições de antecipar mentalmente o resultado, que, nestes, é resultado atípico ou irrelevante. Nos dois casos o indivíduo age guiado pela vontade, sendo que nos delitos culposos o que ocorre é a inobservância do dever objetivo de cuidado que evitaria o resultado típico. Por tal inobservância é que responderá o autor.

Segundo MACHADO, a explicação dada por WELZEL é que “o desvalor da conduta não está relacionado com a vontade em si, mas com a direção que essa vontade toma no mundo da realização.” No crime culposos então a vontade do agente não coincide com o resultado por ele obtido, mas este advém por um desvio na execução da vontade lícita. E o mesmo WELZEL explica que “o desvalor da ação dos tipos culposos consiste na omissão de uma direção finalista melhor, imposta pelo direito com vistas a evitar lesões de bens jurídicos.”<sup>235</sup>

Assim, de acordo com o mesmo autor: “é inegável a procedência da teoria finalista da ação, a alcançar os mais elevados padrões filosóficos e dogmáticos.”<sup>236</sup>

A ampla aceitação da Teoria Finalista se deve principalmente a ser esta a que guarda maior fidelidade à estrutura da ação social, exposta por Max Weber desde a década de 20, na obra *Economia e Sociedade*, conforme já comentado anteriormente.

Ao direito interessam apenas as ações sociais, ou seja, aquelas que de alguma forma atingem a esfera de outrem<sup>237</sup>, conforme DALLA-ROSA, “seria a

<sup>234</sup> CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **A moderna teoria do fato punível**. p. 18. Pensamento de WELZEL que é acompanhado por amplo setor da doutrina.

<sup>235</sup> WELZEL, Hans. **Direito penal**. p. 200.

<sup>236</sup> MACHADO, Luiz Alberto. Op. Cit. p. 87.

<sup>237</sup> “Ação social significa uma ação que, quanto ao seu sentido visado pelo agente ou os agentes, se refere ao comportamento de outros, orientado-se por este em seu curso” WEBER, Max. **Economia e sociedade** : fundamentos da sociologia compreensiva. 4. ed. São Paulo: UnB, 1999. v. 1. p. 3.

orientação significativa dada pelo agente de acordo com a conduta de outros indivíduos, e que se faz segundo tais condutas.”<sup>238</sup>

Qualquer ação humana, obrigatoriamente, apresentará a mesma estrutura, qual seja, terá um sujeito, um destinatário e uma finalidade. Afirma WELZEL:

Toda vida social se estrutura sobre a atividade finalista dos membros da comunidade. Pressupõe que o homem pode propor-se a fins, vale dizer, objetivos futuros, elegendo os meios necessários para sua obtenção e colocá-los em atividade, [...] **Como são ações finalistas que estruturam a vida da comunidade, assim também são as que a lesionam.**<sup>239</sup>

Trata-se também de reconhecer que o ser humano é dotado de livre arbítrio e pauta sua conduta a partir de sua escala de valores. Ou seja, a cada ação praticada busca realizar os valores que elegeu como norteadores de sua existência.

Cada um, de acordo com o horizonte decisório de que dispõe, atinge mais pessoas em seu raio de ação social, neste contexto é que o Direito adquire relevante papel, como garantidor da ação social de uns em relação aos outros, como garantidor de uns em relação ao poder dos demais, permitindo que cada um amplie seu espaço de atuação social, sem prejudicar o espaço daqueles com que seu poder convive.

Ainda, no uso de sua razão, o ser humano é capaz de fazer estimativas em relação ao futuro, tem plenas condições de antecipar as conseqüências de seus atos<sup>240</sup>, sendo assim possível imputar-lhe a responsabilidade por seus atos. É o que afirma FRAGOSO:

A finalidade funda-se no fato do conhecimento causal do homem, das possíveis conseqüências de sua atividade em determinada extensão, dispondo, assim, de diversos fins, e dirigindo o planejamento de sua atividade para obtenção desses fins<sup>241</sup>.

Juarez Cirino dos Santos, ao abordar a estrutura da ação conforme à Teoria Finalista, ensina:

A teoria finalista define ação como unidade natural de elementos subjetivos e objetivos, separáveis exclusivamente por razões didáticas. Os elementos subjetivos da ação, representados pela consciência e vontade do autor, têm por conteúdo: 1) a proposição do fim, como conteúdo principal da vontade consciente, que unifica a ação; 2) a seleção dos meios de ação, delimitados

<sup>238</sup> DALLA-ROSA, Luiz Vergílio. **O direito como garantia**: pressupostos de uma teoria constitucional. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003. p. 18.

<sup>239</sup> WELZEL, Hans. **Direito penal**. p. 76.

<sup>240</sup> Caso não apresente tais condições é inimputável.

<sup>241</sup> FRAGOSO, Heleno Claudio. **Conduta punível**. p. 21.

regressivamente pela natureza do fim proposto; 3) a representação dos efeitos colaterais necessários e/ou possíveis em face da natureza dos meios escolhidos.<sup>242</sup>

Os elementos objetivos por sua vez, dirão respeito à concretização da ação, com o “emprego dos meios para realização do fim, conforme projeto de ação formulado pelo autor, **com ou sem efeitos colaterais necessários ou possíveis.**”<sup>243</sup>

Assim, por inegável a contribuição de WELZEL e do finalismo para o progresso do Direito Penal em direção a uma modelo mais humanitário, de maior respeito à dignidade do ser humano, é que a mesma predomina também em nosso ordenamento jurídico-penal brasileiro, conforme verifica ampla parcela da doutrina.

#### 2.4.4.1 Teoria da imputação objetiva

Atualmente vem ganhando algum destaque e comentários da doutrina, a chamada Teoria da Imputação Objetiva, fruto das contribuições principalmente de ROXIN. Para tal teoria, “a conduta só conta com relevância penal quando cria ou incrementa um risco proibido.”<sup>244</sup>

É fruto do chamado funcionalismo teleológico-funcional ou teleológico-racional ou teleológico político-criminal, que afirma que o Direito Penal existe em função de fins político criminais. A imputação objetiva para alguns sequer constituiria uma teoria, mas apenas regras complementares para a análise do nexo de causalidade. As duas grandes regras para a imputação objetiva são: “a criação ou incremento de um risco proibido relevante; a conexão direta entre esse risco e o resultado (o risco deve se realizar no resultado) e que esse resultado esteja no âmbito de proteção da norma”.<sup>245</sup>

Assim, primeiramente se investigaria se o fato objetivamente poderia ser imputado ao seu agente, independente de seu dolo. Esta seria a inovação trazida pelo funcionalismo de ROXIN à teoria do tipo penal: a exigência da imputação objetiva do resultado.

<sup>242</sup> SANTOS, Juarez Cirino. **Teoria do crime**. p. 17.

<sup>243</sup> SANTOS, Juarez Cirino. **Teoria do crime**. p. 18. (GRIFO NOSSO)

<sup>244</sup> GOMES, Luiz Flavio. **Direito penal**: parte geral. p. 256.

<sup>245</sup> GOMES, Luiz Flavio. **Op. Cit.** p. 269.

Mais adiante, quando for abordada a questão da análise do desvalor da conduta e do desvalor do resultado quando da verificação da tipicidade, será retomada a contribuição também do funcionalismo. O importante é destacar que a imputação objetiva não rejeita o finalismo, apenas se coloca como momento anterior à observação do dolo e da culpa, que continuam situados no tipo.

#### 2.4.5 Teoria Pessoal ou Sintomática

Alguns autores trazem notícia também da chamada Teoria Sintomática da Ação ou Teoria Pessoal da Ação, para a qual a ação é indício, manifestação ou sintoma da personalidade do agente.

Tal concepção se afina com a necessidade de defesa social sustentada por muitos autores da Escola Positiva do Direito Penal, com intenção de prevenção especial a partir do tratamento dos “sintomas” apresentados pelo indivíduo. É evidente que tal interpretação retira toda a objetividade da análise do fato, correndo-se o risco de se julgar alguém por aquilo que é e não por um ato que cometeu. Segundo MACHADO: “a teoria sintomática dos positivistas, entende que é ação todo sintoma de desrespeito ao Direito Criminal.”<sup>246</sup>

Seria necessário investigar o íntimo do agente para encontrar nele tais sintomas. Este posicionamento encontra hoje aplicação apenas no que se refere às medidas de segurança, baseadas que são na periculosidade e não na culpabilidade do agente.

É bastante restrita a aceitação da teoria sintomática, pois, conforme explica CIRINO DOS SANTOS:

A ação como manifestação da personalidade constitui a mais geral e, por isso mesmo, a menos específica definição do conceito de ação, capaz de apreender todas as modalidades de objetivações da personalidade, mas parece excluir o traço humano específica que distingue a ação de qualquer outro fenômeno natural ou social: a realização do propósito.<sup>247</sup>

É diante disto que não se dedicou aqui maior espaço ao tema.

<sup>246</sup> MACHADO, Luiz Alberto. **Direito criminal**: parte geral. p. 85.

<sup>247</sup> CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **A moderna teoria do fato punível**. p. 26.



## 2.4.6 Teoria Social

Tal teoria é atribuída a Eberhard Schmidt, Jescheck e Wessels e representa uma tentativa de conciliar postulados da teoria causal e da teoria final. Para tais teóricos, o modelo final seria insuficiente por desconsiderar o aspecto social da ação.

Assim, há diversas teorias do que seja ação para esta teoria, para alguns seria o comportamento humano socialmente relevante, para outros, um fenômeno social. Explica ZAFFARONI, que:

A 'teoria social da ação' pretendeu ser uma ponte ou posição intermediária entre as teorias causal e final. Baseia-se na afirmação de que não é qualquer ação que pode ser matéria proibida pelo direito penal, mas somente aquelas que têm sentido social, isto é, que transcendem a terceiros, fazendo parte do interagir humano; apenas as ações que fazem parte desta interação podem interessar ao direito penal, e não aquelas que não transcendem o âmbito individual (escovar os dentes, barbear-se etc.).[...] chega-se a sustentar que somente podem ser ações com relevância penal as que 'perturbam a ordem social' e que, por definição, devem formar parte desta interação.<sup>248</sup>

Dada esta indeterminação, a definição de relevância social ora pende ao modelo causal ("causação de resultados socialmente relevantes), ora ao modelo final ("fator formador de sentido da realidade social"; "comportamento socialmente relevante dominado ou dominável pela vontade humana").<sup>249</sup>

A "expressão relevância social" pode ser usada como um exemplo de expressão não significativa, que terá os mais diversos significados dependendo de quem a enuncia e das intenções de quem a utiliza.

Para Luiz Regis PRADO, segundo tal teoria a ação seria "manifestação externa da vontade, com relevância social. O que interessa então é o significado da conduta do ponto de vista da sociedade:

Entende-se que a ação tem relevância social quando 'afeta a relação do indivíduo para com o seu meio e, segundo suas consequências ambicionadas ou não desejadas, constitui, no campo social, elemento de um juízo de valor'. Trata-se de um conceito normativo (e valorativo) de ação, que 'vê na relevância social do fazer ou da omissão humanos o critério conceitual comum a todas as formas de comportamento'.<sup>250</sup>

<sup>248</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro:** parte geral. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 404.

<sup>249</sup> CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **A moderna teoria do fato punível.** p. 20.

<sup>250</sup> PRADO, Luis Régis. **Curso de direito penal brasileiro**, vol. 1: parte geral, art. 1º a 120. 5ª ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 317. O autor faz tradução praticamente direta do próprio JESCHECK. JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado del derecho penal:** parte general. Granada: Comares, 1993. p. 200-201.

ZAFFARONI apresenta sua crítica, afirmando que se trata de questões relacionadas ao tipo e não à ação. Ao tipificar-se uma conduta é que se deve ter em conta a relevância social da ação, não escolhendo fatos que não ultrapassem a esfera individual do sujeito. É o que também expressa CIRINO DOS SANTOS:

Conceitualmente, o atributo da relevância social introduzido pelo modelo social de ação não integra a realidade descritível pela observação sensorial: é uma qualidade da ação atribuível por um juízo de valor próprio dos conceitos axiológicos que qualificam a ação como crime – e, desse ponto de vista, a relevância social é atributo do tipo de injusto, responsável pela seleção de ações e de omissões de ação no tipo legal.<sup>251</sup>

Verifica-se então a razão porque tal teoria é de pouca aceitação e pouco difundida, uma vez que em verdade não apresenta uma nova e própria estrutura da ação, partindo dos mesmos princípios do finalismo. É o que afirma o próprio WELZEL: “O sentido social da ação está determinado também pela vontade final do autor”.<sup>252</sup> O próprio JESCHECK reputado um dos criadores da presente teoria afirma: “la categoría ontológica fundamental del comportamiento humano activo es la finalidad, pues, la facultad de dirigir los cursos causales determina la específica posición del hombre em la naturaleza.”<sup>253</sup>

No que tange ao tipo penal, que é o principal foco de atenção neste ponto do presente trabalho, nada acrescenta a teoria social da ação.

#### 2.4.7 Teoria Negativa

Aos modelos já anteriormente citados, Juarez Cirino dos Santos acrescenta ainda o modelo negativo de ação. Cita como seus principais autores Herzberg, Behrendt e Harro Otto. Para estes a ação é integrada na categoria do tipo, sem ter qualquer definição ontológica ou pré-jurídica: “o modelo negativo de ação tem como núcleo fundamental o princípio da evitabilidade, segundo o qual um resultado é atribuível ao autor se o direito ordena a sua evitação e o autor não o evita, embora possa evitá-lo”.<sup>254</sup>

<sup>251</sup> CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **A moderna teoria do fato punível**. p. 22.

<sup>252</sup> WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal**: uma introdução à doutrina finalista. p. 43.

<sup>253</sup> JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado del derecho penal**: parte general. p. 200.

<sup>254</sup> CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **A moderna teoria do fato punível**. p. 23.

Mais adiante o mesmo autor explica que o “fundamento do conceito negativo de ação é a possibilidade de direção da vontade em comportamentos contrários ao dever socialmente danosos”. Outra vez nos vemos diante de jogos de palavras, motivados pelos princípios do finalismo, o que interessa seria verificar a possibilidade que o autor tinha de, através da vontade, interferir em um curso causal.

Em relação ao tipo, “o modelo negativo de ação desloca a discussão de questões específicas do conceito pré-jurídico de ação para a categoria jurídica da ação típica concreta”, o que, no entendimento de CIRINO DOS SANTOS é desaconselhável.

Verifica-se então que na realidade também não inova muito a teoria negativa, em relação ao que já foi exposto acima, ao tratar do modelo final de ação. Embora seja possível e se deva ter em conta um conceito de ação humana pré-jurídico, principalmente da ação social que é o que vai interessar ao Direito, também não é possível negar que ao Direito Penal o que realmente interessa seja a ação já tipificada, procurando a finalidade da ação típica.

## 2.5 O TIPO E A PROTEÇÃO DE BENS JURÍDICOS

Após ser verificada a abordagem das diferentes teorias da conduta em relação ao tipo e afirmada a adoção da Teoria Finalista, faz-se necessário abordar brevemente outra questão diretamente relacionada ao tipo e ao Princípio da Insignificância, trata-se do bem jurídico-penal.

Ao explicar as fontes clássicas do poder punitivo do Estado, ROXIN se reporta à noção de Contrato Social, erigida pelos pensadores do Iluminismo, e que afirma, em linhas gerais, que os seres humanos teriam firmado um pacto implícito, através do qual cada um entregou uma parcela de seus direitos para que o Estado (formado destas parcelas) lhes resguarde os direitos que conservaram. Desta forma buscava-se evitar o que os contratualistas chamaram de “estado de natureza”.

Diante de tal pacto:

Consistindo a função do Estado apenas em garantir a convivência de seus cidadãos, um comportamento apenas será punido se intervir de forma nociva nos direitos de outrem, mas não se for pecaminoso ou imoral. [...]

Assim, a exigência de um “dano social” como pressuposto da punibilidade pode ser diretamente deduzida da Teoria do Contrato Social.<sup>255</sup>

Em outras palavras, mas também recordando o contrato social, afirma JESCHECK que:

La misión del Derecho penal es la protección de la convivencia humana en la comunidad. Nadie puede a la larga susistir por sí sólo, antes bien, debido a la naturaleza de sus condiciones existenciales, todas las personas dependen del intercambio, la colaboración y la confianza recíproca.<sup>256</sup>

Nesta linha de pensamento, o referido autor sustenta que algumas regras inclusive são obedecidas espontaneamente, em razão da sua necessidade, reconhecida por aqueles que a elas estão submetidos. Porém, a ordem social precisa da ordem jurídica para reforçar-se e se aperfeiçoar, assim “de manera especial, el orden juridico debe garantizar la obrigatoriedad general de todas las normas vigentes como Derecho y hacer frente a las violaciones de este”.<sup>257</sup> Mais adiante, o mesmo autor afirma a proteção do bem jurídico e de valores ético-sociais das ações como função do direito penal.

Também é assim que ROXIN, partindo do contrato social, fundamenta as propostas de seu funcionalismo, com um Direito Penal orientado para a necessidade social, que não interessa tão diretamente a este ponto do presente trabalho. O que importa destacar, é que na noção de dano social acima mencionada, adquire relevante papel o que se chamou de “bem jurídico”, valor a que tem o Direito Penal por função defender e que se constitui no verdadeiro núcleo do fato punível.

Quando se trata do conteúdo do tipo, ou da chamada tipicidade material, é sempre destacada a função do bem jurídico. Juarez Cirino dos Santos expõe que “o tipo legal é elaborado para proteção de bens jurídicos, os interesses e/ou necessidades considerados essenciais para a existência e desenvolvimento do indivíduo e da sociedade, no contexto de estruturas civis e instituições jurídicas e políticas de organização social.”<sup>258</sup>

Diante disto, é importante uma breve análise de tal instituto, seu conceito e função, o que se fará a seguir:

<sup>255</sup> ROXIN, Claus; ARZT, Gunther; TIEDEMANN, Klaus. **Introdução ao direito penal e ao direito processual penal**. p. 40-41.

<sup>256</sup> JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de derecho penal**: parte general. p. 1.

<sup>257</sup> JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de derecho penal**: parte general. p. 2.

<sup>258</sup> CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Teoria do crime**. p. 21.

### 2.5.1 Bem Jurídico e desvalor da conduta versus desvalor do resultado

Antes mesmo de se chegar à noção de bem jurídico, é preciso ter-se uma idéia ampla do que seja bem. Conforme Luiz Regis Prado, “bem vem a ser tudo que tem valor para o ser humano.”<sup>259</sup> Após apropriado pelo Direito torna-se bem jurídico e, tutelado pelo Direito Penal, é bem jurídico penal, o que dá a ele sua base empírica. Conforme Prado, “o fim do direito não é outro que o de proteger os interesses do homem, e estes preexistem à intervenção normativa, não podem ser de modo algum criação ou elaboração jurídica mas se impõem a ela”.<sup>260</sup>

Expõe ROXIN que “a evolução da teoria geral do delito levou a que na teoria do tipo surgisse a interpretação em função do bem jurídico”.<sup>261</sup> HASSEMER por sua vez inclui a proteção de bens jurídicos entre o que chama de “afazeres das ciências penais”<sup>262</sup>.

A doutrina costuma conceituar bem jurídico de formas bastante semelhantes. Segundo MACHADO, “objeto jurídico do crime é o bem ou o interesse juridicamente tutelado e que é atingido pela conduta delituosa.”<sup>263</sup>

FIGUEIREDO DIAS o define como: “expressão de um interesse, da pessoa ou da comunidade, na manutenção ou integridade de um certo estado, objeto ou bem em si mesmo socialmente relevante e por isso juridicamente reconhecido como valioso”.<sup>264</sup>

Para TAVARES:

Bem jurídico é um elemento da própria condição do sujeito e de sua projeção social e nesse sentido pode ser entendido, assim, como um valor que se incorpora à norma como seu objeto de referência real e constitui, portanto, o elemento primário da estrutura do tipo, ao qual se devem referir a ação típica e todos os demais componentes.<sup>265</sup>

Já por esta definição é possível verificar um dado bastante importante em relação ao bem jurídico, o de que sua proteção é relevante na medida em que

<sup>259</sup> PRADO, Luis Regis. **Bem jurídico-penal e constituição**. 3 ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2003. p. 19.

<sup>260</sup> PRADO, Luis Regis. **Bem jurídico-penal e constituição**. 3 ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2003. p. 35.

<sup>261</sup> ROXIN, Claus. **Política Criminal e sistema jurídico penal**. p. 24.

<sup>262</sup> HASSEMER, Winfried. **Três temas de direito penal**. Porto Alegre: AMP/Escola Superior do Ministério Público, 1993. p. 31.

<sup>263</sup> MACHADO, Luiz Alberto. **Direito criminal**: parte geral. p. 83.

<sup>264</sup> DIAS, Jorge Figueiredo. **Questões fundamentais do direito penal revisitadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

<sup>265</sup> TAVARES, Juarez. Op. Cit. p. 179.

sirva à proteção da pessoa humana, sendo que os bens universais só merecem proteção quando forem condição para a preservação de bens individuais<sup>266</sup>. Assim afirma WELZEL: “a significação de um bem jurídico não há de ser apreciada isoladamente, mas tão somente em relação conjunta com a totalidade da ordem social”.<sup>267</sup>

Na mesma linha, ROXIN, em obra voltada especificamente à análise do bem jurídico, afirma: “bens jurídicos da generalidade só são importantes se servem ao cidadão em particular.”<sup>268</sup>

A consideração do bem jurídico em todas as etapas da incidência do sistema penal, é forma de humanização do Direito Penal, de se focalizar mais a pessoa humana e sua dignidade, colaborando para a efetivação do Estado Democrático de Direito. No dizer de ARZT, “o bem jurídico protegido é o indício mais importante para a avaliação dos tipos penais e, ao mesmo tempo, a diretriz mais importante para a sistemática da parte especial.”<sup>269</sup>

A noção de bem jurídico tem ligação direta com a temática do Princípio da Insignificância, afinal, é pela escassa lesão àquele que este é aplicado. Como propugna Winfried Hassemer:

“El concepto de bien jurídico es obra del pensamiento de la Ilustración. Lo fundamentó y formuló PAUL JOHANN ANSELM FEUERBACH como arma contra una concepción moralizante del Derecho penal. Para declarar una conducta como delito no debería bastar que suponga una infracción de una norma ética o divina, es necesario ante todo la prueba de que lesiona intereses materiales de otras personas, es decir, de que lesiona bienes jurídicos. ‘La conducta humana solamente puede ser injusto punible si lesiona un bien jurídico.’”<sup>270</sup>

O mesmo autor vai mais adiante e esclarece que além da noção de bem jurídico, não se pode perder de vista a chamada danosidade social, ou seja, a conduta precisa apresentar este caráter de socialmente danosa para que seja objeto

<sup>266</sup> Aqui já é possível uma breve crítica ao Princípio da Insignificância, no que se refere à proteção dos bens jurídicos. Há quem sustente que crimes de que resultam dano irrisório não devem ser considerados crimes uma vez que a lesão ao bem jurídico foi ínfima e que isto seria respeitar um conceito material de crime e de tipo penal. Porém, tal argumento é contraditório, pois, punir mesmo as lesões menos graves é que efetivamente significaria prestigiar o bem jurídico por trás da norma.

<sup>267</sup> WELZEL, Hans. **Direito Penal**. p. 33.

<sup>268</sup> ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal**. p. 19.

<sup>269</sup> ROXIN, Claus; GÜNTHER, Arzt; TIEDEMANN, Klaus. **Introdução ao direito penal e ao direito processual penal**. p. 82.

<sup>270</sup> HASSEMER, Winfried. **Fundamentos del derecho penal**. Tradução de Francisco Muñoz Conde e Luis Arroyo Zapatero. Barcelona: Bosch, 1984. p. 37.

do direito penal. Nas palavras do autor: “en sus efectos lesivos vá más allá del conflicto entre autor y víctima y del daño individual que esta ultima sufre”<sup>271</sup>.

Esta exigência de danosidade ou lesividade da conduta, verificável a partir do resultado concreto que a mesma obteve, aparece também nas propostas de Ferrajoli e seu sistema garantista, entre aqueles que chama de princípios penas substanciais. Afirma o autor:

Una vez excluida la posibilidad de llegar a criterios positivos y absolutos de justificación externa y de legitimación interna de los contenidos de la prohibición, se pueden, sin embargo, formular criterios negativos o limitadores, realizables solo relativa y tendencialmente, con el valor de condiciones necesarias, aunque no suficientes de legitimidad. Estes criterios o condiciones negativas no son, por otra parte, más que las garantías penales o substanciales [...]: el principio de lesividad, el de materialidad y el de responsabilidad personal, que, respectivamente, definen los tres elementos constitutivos del delito: **el resultado**, la acción y la culpabilidad.<sup>272</sup>

Ao longo da história, já houve períodos em que o bem jurídico tinha predominância na estruturação do crime, o que culmina na “teoria do resultado natural.” Por outro lado, os finalistas privilegiam o desvalor da conduta em detrimento do resultado e “colocam-no no devido lugar na conceituação do delito.”<sup>273</sup> E nem poderia mesmo ser diferente, ROXIN bem adverte que “o conceito de bem jurídico não é uma varinha mágica através da qual se pode separar desde logo, por meio de subsunção e dedução, a conduta punível daquela que deve ficar impune.”<sup>274</sup>

Também é necessário destacar que o bem jurídico de forma alguma deve ser confundido com o objeto material do crime, conforme será melhor abordado mais adiante.

Para CIRINO DOS SANTOS, “a origem da norma jurídica são os bens jurídicos”, o que para ele são “valores: interesses/necessidades essenciais do indivíduo e da sociedade”<sup>275</sup>.

VON IEHRING conceituava crime como “ato que põe em perigo as condições de vida da sociedade, constatado pela legislação e só evitável mediante uma pena.”<sup>276</sup> Nesta definição é possível identificar o que posteriormente a doutrina

<sup>271</sup> HASSEMER, Winfried. Op. Cit., p. 38.

<sup>272</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**: teoría del garantismo penal. p. 463.

<sup>273</sup> MACHADO, Luiz Alberto. **Direito criminal**: parte geral. p. 84.

<sup>274</sup> ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de direito penal**. p. 61.

<sup>275</sup> CIRINO DOS SANTOS. **Teoria do crime**. p. 22.

<sup>276</sup> Citado por BRUNO, Aníbal. Op. Cit. p. 284.

chamaria de bem jurídico, como o núcleo do conceito material de crime, já mencionado anteriormente.

A grande importância do bem jurídico como critério para a definição do fato punível, se dá porque:

[...] uma concepção do Direito Penal em concordância com a realidade faz dele um sistema de garantia e proteção de bens da vida do indivíduo ou da sociedade, que em razão da sua importância social, são assim elevados à categoria de bens jurídicos. Fora dessa concepção realista, o Direito Penal teria de recair nas antigas divagações de fins estranhos propriamente ao Direito, de natureza ética, ou de interesses políticos, uns e outros que são, enfim, os motivos influentes nestas novas concepções, ou então ficaria reduzido ao puramente formal.<sup>277</sup>

O critério do bem jurídico coloca-se então entre os doutrinadores que entendem o crime como violação de um dever, dando maior ênfase ao elemento subjetivo do mesmo; e aqueles que o entendem como a violação destes bens, valores e interesses fundamentais à sociedade, a lesão objetiva do bem jurídico portanto. O que remete à discussão quanto ao desvalor do resultado e desvalor da conduta.

Conforme menciona Aníbal Bruno, para WELZEL:

[...] a lesão de um bem jurídico não esgota o conteúdo de ilicitude do crime, pondo ao lado do desvalor do resultado, derivante da lesão ou ameaça ao bem jurídico, o desvalor da ação resultante da sua direção contrária ao dever. Mas conclui sempre que a função do Direito Penal é a proteção de bens ou interesses juridicamente tutelados.<sup>278</sup>

E o próprio WELZEL explica:

É missão do direito penal amparar os valores elementares da vida em comunidade. Toda ação humana, seja no bom como no mau, está sujeita aos aspectos distintos de valor. Por uma parte, pode ser valorizada segundo o resultado que alcança (valor do resultado ou valor material); por outra parte, independentemente do resultado que se obtenha com a ação, segundo o sentido da atividade em si mesma (valor do ato).<sup>279</sup>

Em outra obra, Welzel completa tal reflexão, afirmando que toda ação humana tem um sentido, sentido este que se mantém mesmo quando a ação não alcance todo o seu objetivo. Apresenta o exemplo da ação de trabalhar, que sempre terá um sentido positivo na existência humana, mesmo quando não obtenha todo o

<sup>277</sup> BRUNO, Aníbal. Op. Cit. p. 285.

<sup>278</sup> BRUNO, Aníbal. Op. Cit. p. 287.

<sup>279</sup> WELZEL, Hans. **Direito penal**. p. 28.



resultado que poderia obter. Aí então é que faz a relação entre a necessidade da proteção dos bens jurídicos e conciliar desvalor da ação e desvalor do resultado:

Ambas clases de valores tienen significación para el derecho penal. [...] Esa tutela de los bienes jurídicos la obtiene prohibiendo y castigando las acciones que tienden a lesionarlos; es decir, evitando o tratando de evitar el disvalor del resultado con la punición del disvalor del acto. [...] El derecho penal fijando pena a los actos que se apartan realmente de um actuar conforme al derecho, ampara, al mismo tiempo, los bienes jurídicos, sancionando el disvalor de lacto correlativo. [...] Por encima del amparo de los bienes jurídicos individuales concretos, está la misión de asegurar la validez real (la observancia) de los valores del actuar según el pesamiento jurídico.<sup>280</sup>

Neste tocante, JESCHECK assevera que “la protección del bien jurídico y de la actuación sobre la voluntad de acción de los ciudadanos se entiendan como tareas equivalentes del Derecho penal que se complementan, condicionan y limitan recíprocamente.”<sup>281</sup>

No dizer de BUSATO:

Não basta estabelecer o reconhecimento de uma agressão a um bem jurídico para o reconhecimento da presença de um delito e a conseqüente intervenção do Direito Penal. Tendo em conta que o *jus puniendi* responde a um desvalor do resultado, mas também a um desvalor da ação, há que se reconhecer a existência de uma conduta que afeta esse bem jurídico.<sup>282</sup>

Conforme Luiz Regis Prado, no que se refere às discussões sobre desvalor da conduta e desvalor do resultado, existem duas concepções, a monista subjetiva e a dualista. “Para a primeira delas, considera-se que basta o desvalor da ação (desvalor da intenção – *Intentionensunwert*) para a conformação do injusto penal, ficando, em geral, o desvalor do resultado relegado à categoria de condição objetiva de punibilidade.” Neste sentido, cita ZIELINSKI<sup>283</sup>:

O ilícito jurídico-penal é ilícito de ação. A finalidade é a coluna vertebral da ação e, por isso, o fundamento do ilícito. O ilícito jurídico-penal está constituído pelo desvalor da ação; esgota-se também no desvalor da ação, o resultado de uma ação é sempre (também) causal. Não existe, por isso,

<sup>280</sup> WELZEL, Hans. **Derecho penal: parte general**. p. 2. O autor ainda afirma: “el analisis de la estructura de valor de lo injusto penal, ha demostrado que el disvalor primario y general de todos los hechos punibles, es disvalor de acción”. p. 60.

<sup>281</sup> JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de derecho penal: parte general**. p. 7. Aqui se ousa desde logo discordar do referido autor, afirmando que proteção do bem jurídico e proteção do dever dos cidadãos são complementares, mas a segunda, sem dúvida, é mais relevante do que a primeira. Veja-se: se desvalor da ação e desvalor do resultado tivessem o mesmo peso, não haveria razão em se punir de forma diferente o crime culposos e o crime doloso, se o resultado obtido pode ser exatamente o mesmo.

<sup>282</sup> BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. **Introdução ao direito penal: fundamentos para um sistema penal democrático**. p. 187.

<sup>283</sup> CERZEZO MIR *apud* PRADO, Luis Regis. **Curso de direito penal brasileiro**, vol. 1: parte geral, art. 1º a 120. 5ª ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 366.

nenhuma possibilidade de unir a situação de fato do resultado, como desvalor do resultado, com o desvalor da ação que fundamenta o juízo de ilícito, de tal modo que assim fosse aumentado o juízo fundado sobre a ação. Só o desvalor da ação mesma é capaz de aumento.

Para a concepção dualista, desvalor de ação e de resultado integram o injusto penal. As ações proibidas o são justamente pelo perigo que representam aos bens considerados valiosos pelo Direito Penal, porque podem ter como consequência provável a lesão aos mesmos. Portanto, a conduta humana sempre deve ser analisada em sua totalidade, nos elementos subjetivos e objetivos. “O desvalor do resultado é entendido como lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico protegido, e não se confunde com o resultado como parte da estrutura (elemento integrante) do tipo nos delitos de resultado.”<sup>284</sup>

Esta última consideração de Prado se mostra extremamente importante para o encaminhamento da discussão proposta no presente trabalho, restando bastante claro que o resultado não integra a estrutura do delito já que é sempre meramente causal. A partir de CEREZO MIR, o autor ainda acrescenta:

O Direito não pode vedar a causação de um resultado, mas tão somente a realização de ações direcionadas pela vontade do agente à produção de uma lesão ou perigo ao bem jurídico tutelado. Nesse sentir, fica patente que o resultado objetivo ou real, isto é, sua efetiva produção não pode pertencer à matéria proibida ou ordenada.

Uma concepção de tipo que o veja meramente como uma causação de um resultado:

[...] tem o sério inconveniente de não encontrar uma maneira de limitar a causalidade de forma convincente. Além do mais, tem que suportar todo o peso de uma pretensa concepção ‘naturalista’ da conduta, entendida também como um processo causal cego, posto em movimento pela vontade de mover um músculo.<sup>285</sup>

Ao enunciar a famosa frase: “A finalidade é vidente e a causalidade é cega”, Welzel assim reflete:

La finalidad es un actuar dirigido concientemente desde el objetivo, mientras que la pura causalidad no está dirigida desde el objetivo, sino que es la resultante de los componentes causales circunstancialmente concurrente. Por eso, gráficamente hablando, la finalidad es ‘vidente’; la causalidad es ‘ciega’.<sup>286</sup>

<sup>284</sup> PRADO, Luis Régis. **Obra** citada. p. 368.

<sup>285</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. p. 451.

<sup>286</sup> WELZEL, Hans. **Derecho penal: parte general**. p. 39.

Em outro trecho da mesma obra diz ainda o autor: “ciertamente, una dirección del curso causal, que va hasta los detalles, no es nunca posible para el hombre”.<sup>287</sup>

Esta reflexão se aproxima de um dos pontos primordiais da presente pesquisa que é justamente demonstrar como centrar a análise da significância e consequentemente da tipicidade de uma conduta meramente no resultado é postura que vai de encontro com a Teoria Finalista da Ação, explicitamente adotada por nossa legislação jurídico-penal e doutrina.

Focar excessivamente o resultado só é possível se for adotada a Teoria Causal ou Naturalista e seu modelo clássico de ação, para o qual “o resultado de modificação no mundo exterior seria elemento constitutivo do conceito – e, assim, **não existiria ação sem resultado**.”<sup>288</sup>

Por outro lado, a contribuição de Hans Welzel e da doutrina finalista foi fundamental para a construção de uma nova visão do conceito de crime e do tipo penal, com ele, ainda segundo ZAFFARONI:

[...] aperfeiçoa-se o conceito de tipo complexo, isto é, com um aspecto objetivo e outro subjetivo, dentro do marco de uma teoria do delito com três caracteres específicos: tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade. Este conceito complexo do tipo vem solucionar uma infinidade de problemas. A localização do querer do resultado (dolo) no tipo resolve o problema da causalidade, que está limitada pela vontade. A tentativa é claramente distinguida, e sem distorções, porque o querer do resultado (dolo) passa a ser problema típico. **O tipo proíbe uma conduta e não uma causação.**<sup>289</sup>

Seria até desnecessário voltar a pontuar que os tipos não descrevem resultados, mas descrevem ações, comportamentos humanos já escolhidos pelo legislador como lesivos dos bens jurídicos considerados essenciais no momento em que se produziu o tipo. WELZEL assim se posiciona:

Ainda quando é geralmente aceito o conceito de que o direito penal tem por objetivo o amparo de bens jurídicos, ele somente não é suficiente quando a referência se faz ao conteúdo ético-social de nossa disciplina. O critério exposto se traduz, especialmente no fato de **ênfaticar demasiado a significância do resultado**, dando assim, inevitavelmente, perceptível utilidade ao direito penal. [...] ao direito penal deve interessar-lhe menos o resultado positivo da ação, do que a permanente tendência positiva do atuar humano.<sup>290</sup>

<sup>287</sup> WELZEL, Hans. **Op. Cit.** p. 78.

<sup>288</sup> CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **A moderna teoria do fato punível.** p. 12.

<sup>289</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Obra citada.** p. 453.

<sup>290</sup> WELZEL, Hans. **Direito penal.** p. 30.

Desta forma, para o autor, o valor do ato não depende do valor do resultado, isto porque “não contemplam tão somente o hoje ou o amanhã, mas sim o duradouro, o perene. A importância da utilidade do dano atual passa para o segundo plano.”<sup>291</sup> E em outra escrito ainda afirma: “El valor de lacto es relativamente independiente del valor material o valor del resultado (bien jurídico)”.<sup>292</sup>

Assim o desvalor da ação se revela mais grave uma vez que o comportamento demonstra o desprezo que seu autor tem não apenas pelo objeto material de seu crime, pela vítima que agrediu, mas sim aos valores eleitos pela sociedade a que pertence, para que esta possa continuar existindo de forma razoavelmente harmônica.

Conclui-se então que, da adoção da Teoria Finalista também decorre necessariamente a posição de o que primeiro se deve ter em conta para verificar se um comportamento apresenta todos os elementos para ser considerado criminoso é o desvalor da conduta. Afirma Luiz Flavio GOMES ao brevemente reporta-se à Teoria Finalista:

A conduta é o exercício de uma atividade finalista. A finalidade corresponde ao dolo. O dolo, assim, está na conduta. E se a conduta está no fato típico, o dolo, em consequência, pertence ao fato típico. Relevante para o crime não é fundamentalmente o desvalor do resultado (afetação de um bem jurídico), senão o desvalor da ação (ou da conduta).<sup>293</sup>

É bastante clara a posição de WELZEL no que se refere à presente temática e quanto à missão do Direito Penal:

Embora em geral se reconheça que a proteção de bens jurídicos é um objetivo do direito penal, em relação à sua função ético-social, isto tem ocorrido de modo muito limitado. Isso traduz uma sobreconcentração do resultado e num inevitável utilitarismo do Direito Penal. Segundo essa concepção, o justo ou o injusto de uma ação se determina conforme o grau a que alcance seu proveito ou dano social. Isto traz como consequência não só um marcado utilitarismo acerca do juízo do valor, senão também sua acentuada atualização: o benefício ou dano atual inerentes ao resultado de uma ação determinam o valor da ação. Com isto se desconhece que ao Direito Penal há de importar menos o efeito positivo atual da ação, que a permanente tendência positiva.<sup>294</sup>

Também para a teoria da imputação objetiva, brevemente mencionada anteriormente, há a necessidade do juízo quanto ao desvalor da conduta e ao

<sup>291</sup> WELZEL, Hans. **Direito penal**. p. 31.

<sup>292</sup> WELZEL, Hans. **Derecho penal: parte general**. p. 4.

<sup>293</sup> GOMES, Luiz Flavio. **Direito penal: parte geral**. p. 254.

<sup>294</sup> WELZEL, Hans. **Derecho penal aleman**. *apud* QUEIROZ, Paulo de Souza. **Funções do direito penal: legitimação versus deslegitimação do direito penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 43.

desvalor do resultado. Luiz Flavio GOMES menciona Wolfgang FRISCH que critica o funcionalismo de ROXIN, trazendo alguns comentários pertinentes ao presente ponto deste trabalho. Se para o funcionalismo conduta é aquela que cria ou incrementa risco proibido, FRISCH afirmaria que:

[...] a criação ou incremento de riscos proibidos, integra o conceito de conduta típica, que constitui o âmbito onde se decide o limite da liberdade individual. O juízo de desaprovação da conduta deve ser celebrado com total independência da imputação objetiva do resultado. [...] O desvalor da conduta, desse modo, a partir de FRISCH, passou a constituir um requisito absolutamente imprescindível para a tipicidade penal. Por força do juízo de desaprovação da conduta separa-se o que é relevante para o Direito Penal daquilo que está dentro do âmbito da liberdade geral de atuação. Os critérios que comandam o desvalor da conduta não são ontológicos ou empíricos, sim, puramente normativos.<sup>295</sup>

É impossível então não se admitir que o desvalor do resultado só tem sentido com desvalor da ação<sup>296</sup>, e que uma das funções primordiais do Direito Penal é a proteção de bens jurídicos. Porém, é importante ressaltar que ao mesmo tempo em que a mera lesão ao bem jurídico não é suficiente para se ter a conduta como criminosa, a possível pouca relevância da mesma lesão também não é suficiente para afastar a natureza criminosa do ato. E, note-se bem, *ausência da lesão* e *lesão insignificante* são duas situações extremamente diversas.

Em sentido contrário, há quem manifeste a posição de que, no caso do Princípio da Insignificância, o pequeno desvalor do resultado deveria atuar corrigindo o excessivo desvalor atribuído à conduta:

Corrige-se, [...], a apreciação preliminar do desvalor da ação – que era insignificante para o Direito penal – a partir do desvalor do resultado, tornando-se aquele, afinal, relevante. Com isso, não se está elevando o resultado a elemento da proibição, senão que, além de condicionar a punibilidade, funciona como corretor do juízo de desvalor da ação, que muitas vezes poderá ser elaborado apenas depois do resultado ocorrido. Vale dizer, apenas poderemos afirmar a tipicidade de uma conduta, tendo-se em vista a lesão ou o perigo de lesão ao bem jurídico protegido, se analisarmos o comportamento do agente sob uma perspectiva ex ante e ex post.<sup>297</sup>

Não é de se admitir tal sorte de raciocínio. Desvalor da conduta e desvalor do resultado são elementos distintos na análise da tipicidade material de um comportamento, sendo que o segundo (desvalor do resultado) é que depende do primeiro, e não o contrário. Sem o desvalor da conduta jamais será possível

<sup>295</sup> GOMES, Luiz Flavio. **Direito penal**: parte geral. p. 272.

<sup>296</sup> WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal**: uma introdução à doutrina finalista. p. 75

<sup>297</sup> SANTOS, Lycurgo de Castro. *apud* SILVA, Ivan Luiz. **Princípio da insignificância no direito penal**. p. 150.

verificar-se um resultado desvalioso, o contrário não é verdadeiro. Uma conduta desvaliosa sempre provavelmente obterá um resultado **juridicamente** mais ou menos grave, o que acarretará diferenças na reação à conduta mas não a ausência de reação.

O critério do bem jurídico presta imensa contribuição ao Direito Penal no sentido de não permitir a punição de estados, modos de vida, concepções morais, convicções políticas. Exigir-se alguma lesão ao bem jurídico para que a conduta possa ser objeto da atuação do braço penal do Estado é consequência inclusive da opção por um Estado Democrático de Direito, que se fundamenta na proteção dos direitos e garantias fundamentais e principalmente no pluralismo, ou seja, na possibilidade das pessoas determinarem suas próprias vidas e escolhas a partir de critérios próprios. Assim é que não é possível punir-se alguém por aquilo que sente ou pensa, mas apenas por seus atos contrários ao ordenamento jurídico e aos bens por ele tutelados.

É através da observação desta face externa da conduta que se impede seja apenada a mera cogitação de um crime, ou intenção de o vir a cometer. Já os adeptos da Teoria Causal da Ação bem o verificaram ao exigir para que se configurasse a conduta, uma modificação no mundo exterior.

Por outro lado, não é razoável exigir-se que o indivíduo só seja punido quando efetivamente for bem sucedido em um comportamento que se volta a um bem protegido pelo Direito Penal, agredindo-o com intensidade. A evolução do Direito Penal o conduziu ao ponto em que hoje se encontra, em que também o elemento volitivo deve somar-se à modificação do mundo exterior para que ambos sejam penalmente relevantes. Tanto é assim que a tentativa é punida com as mesmas penas cominadas aos crimes consumados, quando o Estado então não retira a sua proteção sobre o bem a que se dirigia a conduta ofensiva, apenas porque ele não foi efetivamente lesado.

Ao mesmo tempo, não se está pregando a adoção de um Direito Penal de Intenção, em que baste a vontade para ensejar a atuação do Estado, nem assim o desejou o legislador. Isto podemos perceber, por exemplo, nas situações do crime impossível ou tentativa inidônea, em que, a despeito do autor deixar clara a sua vontade de delinquir, se as condições materiais não permitirem a lesão a que ele se propõe (sequer o perigo de tal lesão), não há que se falar em crime. Então, apesar de central, não basta apenas o desvalor da conduta, o que não significa dizer que se

deve exigir um determinado resultado, e sim que deve haver ao menos a possibilidade de um resultado, como é o caso da tentativa.

Comentando a centralidade do desvalor da conduta, aduz MACHADO:

Foi muito importante para o Direito Penal a fixação do bem jurídico, isto é, do bem ou interesse protegido contra o ataque da conduta criminosa. Porém o progresso mais significativo deu-se com o abandono da supremacia do bem jurídico na teoria do crime, para entender-se que este é, antes e acima de tudo, essencialmente um desvalor de conduta.<sup>298</sup>

A predominância do desvalor da conduta sobre o resultado desvalioso e a independência da ação típica em relação ao resultado salta aos olhos no próprio Código Penal, que, no artigo 4º dispõe: “Considera-se praticado o crime no momento da ação ou omissão, ainda que outro seja o momento do resultado”. A conduta então não faz parte do resultado e vice-versa, pensar assim seria tomar o efeito pela causa.

Outra vez então se diga, que não se está com isto apregoando que o resultado é desnecessário para que a conduta configure um fato punível, mas da mesma forma que apenas a presença do resultado não permite, por si, a resposta estatal, um resultado menos lesivo também não é suficiente para permitir a ausência da resposta. Nestas situações, tal como acontece na tentativa (quando o agente responde pelo crime consumado), mais ainda não deve retirar-se o Estado por se tratar de condutas que efetivamente atingiram seu desiderato e feriram algum dos bens escolhidos pelo legislador penal como relevantes para a sociedade. A escassez da lesão pode levar a inúmeros outros efeitos, medidas oriundas do Direito Penal Mínimo inclusive, mas não à abstenção do Estado em responder a um delito e delito consumado. Outra vez se diga: não se trata de ausência de resultado, mas apenas de um resultado reputado menos relevante.

O bem jurídico é portanto muito mais um parâmetro ao legislador do que ao aplicador da lei penal, que pautará sua decisão na análise do comportamento e principalmente do ânimo com que o autor lançou-se à ação. O bem jurídico auxilia o legislador ao confeccionar os tipos e descrever as ações que o ofendem, não cabendo a ele descrever meros estados, intenções ou sentimentos como criminosos, mas sim condutas que possam prejudicar os bens jurídicos relevantes.

Assim aduz WESSELS:

---

<sup>298</sup> MACHADO, Luiz Alberto. **Direito criminal**: parte geral. p. 77.

[...] tarefa do legislador é escolher, da variedade de possibilidades da ação antijurídica, aquelas formas de conduta que ele, em razão da censurabilidade ética e dano social, proíbe sob ameaça de uma pena. A formação do tipo, a isto associada, preenche uma dupla finalidade: primeiramente dá a cada cidadão a possibilidade de orientação própria, determinando, através da exata descrição da conduta desaprovada, o que não é permitido e até onde a proibição geral limita a liberdade social de ação. Por outro lado, dá forma a um tipo de delito fortemente esboçado, que incorpora para o respectivo delito típicas lesões de bens jurídicos.<sup>299</sup>

Neste sentido, Roxin sustenta que o bem jurídico deve ser crítico da legislação e menciona Stratenwerth, para quem o **tipo é feito não pela lesão ao bem jurídico mas pela inconveniência do comportamento**.<sup>300</sup>

Ao julgador caberá apenas verificar a concretização das ações ou omissões pelo legislador descritas.

São inúmeros os exemplos em nossa legislação de que o resultado não é fator mais relevante quando da análise da tipicidade de um comportamento e da possibilidade de em razão dele ser apenado seu autor.

Veja-se a possibilidade de erro sobre a pessoa, prevista no artigo 20, §3º do Código Penal: “O erro quanto à pessoa contra a qual o crime é praticado não isenta de pena. Não se consideram, neste caso, as condições ou qualidades da vítima, senão as da pessoa contra quem o agente **queria praticar o crime**.”

Imagine-se então o caso do indivíduo que, pretendendo tirar a vida de seu pai, desfere disparos de arma de fogo contra um terceiro, julgando ser este o seu genitor. De acordo com o dispositivo legal acima mencionado, tal agente responderá como se tivesse cometido o homicídio contra o próprio pai, inclusive com o peso da circunstância agravante do artigo 61, II, e.

Vê-se, portanto, que o que realmente interessa no juízo que se faz sobre a conduta e seu autor não é o resultado material obtido mas sim um resultado jurídico.

Outro exemplo ainda mais evidente daquilo que se acaba de comentar é a punição da tentativa, algumas vezes aqui já citada. Conforme o mesmo diploma legal, artigo 13, parágrafo único: “Salvo disposição em contrário, pune-se a tentativa com a pena correspondente ao crime consumado, diminuída de um a dois terços”. Fica transparente que o que realmente determina o fato como típico é a ação

<sup>299</sup> WESSELS, Johannes. **Direito penal parte geral**: aspectos fundamentais. p. 31.

<sup>300</sup> ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal**. p. 14.



praticada por seu autor e não o resultado que este obteve, até mesmo porque, nem sempre o agente tem total controle quanto ao resultado que vai alcançar.

MACHADO auxilia a esclarecer este ponto com um simples exemplo relacionado ao conceito de crime:

A conceituação do crime como fato é, evidentemente, equívoca, o fato é o resultado da ação, nem sempre necessário à configuração do crime (no homicídio, a ação é matar, enquanto o fato é a morte; no entanto, o crime de homicídio é a ação de matar, não o fato morte em si).<sup>301</sup>

Relevante seria ainda retomar a diferenciação entre resultado naturalístico e resultado jurídico.

Assim, verifica-se que primar pela análise do desvalor da ação não significa abandonar a proteção ao bem jurídico, ao contrário, trata-se mesmo de reforçar tal proteção, não se aguardando apenas as ofensas excessivas para se considerar o bem jurídico como agredido, o que demonstraria a confusão deste com o objeto material do crime. Ou seja, ao se priorizar o desvalor da ação em detrimento do desvalor do resultado, está se atendendo à intenção de preservação dos bens jurídicos como valores ou interesses essenciais para a sociedade e não apenas como bens individuais em si mesmo considerados.

---

<sup>301</sup> MACHADO, Luiz Alberto. **Direito criminal**: parte geral. p. 79.

### 3 DA INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

Uma vez expostas as razões da criação doutrinária e jurisprudencial do Princípio da Insignificância e seu principal efeito que é o afastamento da tipicidade; verificada também a teoria do tipo e a influência que a evolução das teorias da conduta exerceu sobre a mesma, faz-se necessário confrontar estes dois aspectos do presente trabalho, trazendo por fim a análise da real necessidade de aplicação do princípio da insignificância e a possibilidade dos “problemas” que o ensejaram serem solucionados mediante a incidência de mecanismos já previstos pelo ordenamento jurídico.

A crítica que aqui se fará ao Princípio da Insignificância seguirá duas linhas principais de argumentação. Num primeiro momento, se demonstrará que as raízes doutrinárias da teoria da ação e do tipo e os fundamentos dogmáticos de ambos, claramente adotados por nosso Direito Penal, não permitem vincular a significância de um comportamento meramente ao resultado que seu autor obteve.

O segundo momento procurará demonstrar que em face de delitos menos graves já existem inúmeros instrumentos legais aplicáveis, a partir do que não seria necessária uma resposta excessiva ao fato, mas ao mesmo tempo não se descriminalizaria totalmente a conduta (no caso concreto).

#### 3.1 DA INCOMPATIBILIDADE COM A TEORIA FINALISTA DA AÇÃO

Conforme exposto anteriormente, a teoria finalista da ação é explícita e amplamente adotada por nosso ordenamento jurídico-penal<sup>302</sup>. Adotando-se tal teoria, ao mesmo tempo se admite a noção de tipo decorrente da mesma, ou seja, um tipo composto de elementos objetivos, normativos e subjetivos.

Ter claro quais são as teorias adotadas pelo Direito Penal de um Estado não é algo de interesse meramente teórico ou acadêmico. Não perder de vista a dogmática que serviu de base e inspiração à construção de todo um ordenamento jurídico não serve apenas a pretensões científicas, mas,

<sup>302</sup>

Veja-se o exemplo do concurso de pessoas, situação em que o vínculo subjetivo entre os agente é imprescindível, ou seja, as vontades devem estar dirigidas na mesma direção para que se considere o crime como praticado em concurso de agentes. O mesmo se dá em relação à predominância da teoria do domínio **final** do fato na definição de quem é o autor de um crime.

principalmente, a uniformizar e orientar todo o sistema. A partir de uma dogmática coerente, consciente de seus princípios e finalidades, podem os aplicadores do direito o fazer com alguma segurança. Neste sentido, menciona GIMBERNAT ORDEIG:

A dogmática 'deve nos ensinar o que é devido com base no Direito', deve averiguar o que diz o Direito. A dogmática jurídico-penal, pois, averigua o conteúdo do Direito Penal, quais são os pressupostos que devem ocorrer para que entre em jogo um tipo penal, o que distingue um tipo de outro, onde acaba o comportamento impunível e onde começa o punível. Torna possível, por conseguinte, ao assinalar limites e definir conceitos, uma aplicação segura e calculável do Direito Penal, torna possível subtraí-lo da irracionalidade, da arbitrariedade e da improvisação. Quanto menos desenvolve o Direito Penal uma dogmática, mais imprevisível será a decisão dos Tribunais, mais dependerão do azar e de fatores incontrolláveis a condenação e a absolvição.<sup>303</sup>

Assim é que não se pode por um lado afirmar-se a adoção e acerto da Teoria Finalista, até hoje não superada por qualquer outra proposta explicativa da ação dentro do Direito Penal e, ao mesmo tempo, defender e aplicar mecanismos que vão totalmente contra os fundamentos da teoria que se adota, como é o caso do Princípio da Insignificância. Isto retira toda a coesão do sistema e, dada a falta de fundamentação dogmática, leva gradualmente ao seu total descrédito.

Considere-se ainda o entendimento esposado nas páginas que se dedicaram à Teoria do Tipo, que procuraram demonstrar a proximidade entre a teoria da ação e uma teoria da ação típica, praticamente as identificando. Verifica-se que esta é a única forma de se estudar a ação penalmente relevante, qual seja: admitindo-se que a conduta pertence ao fato típico<sup>304</sup>. Foi o que se asseverou veementemente quando se tratou da finalidade da conduta, finalidade que não é outra que não a finalidade descrita na ação típica. Não há como ter entendimento diferente, evidente que é o fato de que apenas analisando a finalidade é que é possível saber qual o tipo praticado efetivamente.<sup>305</sup>

Assim, ao tratar-se da tipicidade formal e da tipicidade material, conclui-se que condicionar a tipicidade de uma conduta meramente à sua

<sup>303</sup> ORDEIG, Enrique Gimbernat. **O futuro do direito penal**. p. 37.

<sup>304</sup> Afirma Luiz Flavio Gomes: "A conduta faz parte do fato típico. [...] A conduta sempre deve ser entendida em sentido de conduta típica. [...] O conceito de conduta, por conseguinte, de acordo com nosso entendimento, deve ser compreendido à luz da concepção da 'conduta típica'. GOMES, Luiz Flavio. **Direito penal**: parte geral. p. 253.

<sup>305</sup> Os exemplos são inúmeros, a finalidade é que pode distinguir um mero exame médico de um delito contra os costumes, é que demonstra se um fato configura seqüestro ou extorsão mediante seqüestro, o que depende apenas da intenção do agente.

adequação à previsão legal é restringir seu conteúdo, mas exigir para a configuração da mesma a significância do resultado, também o é e afronta à teoria finalista.

Quando se analisa a estrutura da ação conforme a teoria finalista, observa-se nela elementos subjetivos e objetivos, sendo que entre os objetivos entende-se toda a parte externa ao autor da conduta, “o emprego dos meios para realização do fim, conforme projeto de ação formulado pelo autor, **com ou sem efeitos colaterais necessários ou possíveis.**”<sup>306</sup>

Conforme CIRINO DOS SANTOS:

A estruturação subjetiva (projeto de realização) e objetiva (realização do projeto) da ação fundamenta sua definição simplificada como realização do propósito. Em linhas gerais, essa é a contribuição definitiva da teoria finalista para a compreensão funcional da ação, como fundamento do conceito de crime.<sup>307</sup>

Ou seja, em momento algum encontramos menção à necessidade de configuração do resultado ou de um resultado de específica significância, para que se configure a ação típica.

No que tange ao resultado, parece evidente que a aplicação do Princípio da Insignificância significa confundir o resultado naturalístico e o resultado jurídico.

Ao aludir-se à Teoria Finalista da Conduta, reiterou-se que a ação humana tem estrutura própria, composta sempre de sujeito, destinatário e finalidade. Em se tratando das ações criminosas (que são aquelas que efetivamente interessam na presente pesquisa), a dita finalidade tem seu conteúdo evidenciado nos tipos penais, que são as descrições das ações sociais consideradas penalmente relevantes pelo legislador.

Não se verifica nas bases filosóficas sobre a ação humana, nem nas bases doutrinárias sobre o conceito do tipo penal (que é a ação humana já escolhida pelo legislador para o âmbito criminal), qualquer vinculação destas com o resultado.

A partir do momento em que o indivíduo desencadeia uma ação, esta revela sua finalidade própria, que, aí sim por causalidade, pode ter um resultado ou não, bem como ter um resultado mais ou menos relevante. Quando se afirma que um resultado menos significante exclui a tipicidade de uma conduta, isto equivaleria

<sup>306</sup> CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Teoria do crime**. p. 18.

<sup>307</sup> CIRINO DOS SANTOS. **Obra citada**. p. 18

a ignorar a finalidade a que se dirigia a ação, e, mais do que isto, que lhe atribuía um valor negativo.

O próprio ROXIN a quem se atribui a retomada da noção romana de que os pequenos danos não devem ocupar o julgador, ao mencionar o bem jurídico como objeto de proteção do Estado, reconhece que:

Também em conexão com este conceito de bem jurídico se encontra a exclusão dos ilícitos de bagatela de tipo contravencional. Em contrapartida, a remissão ao conceito de bem jurídico não deve ser entendida como uma negação do **ilícito pessoal**, já que a única coisa contrária a tal concepção consistiria em castigar desvalores da ação, cuja realização não ofendesse bem jurídico algum.<sup>308</sup>

Aqui entra-se então em outro aspecto também abrangido na presente crítica, o critério da proteção de bens jurídicos.

Conforme restou demonstrado no item destinado ao bem jurídico e o confronto entre desvalor da conduta e desvalor do resultado, tem-se que o bem jurídico deve orientar o legislador e a conduta é o que orienta o aplicador.

Tanto é assim que não é a efetiva lesão ao bem jurídico o que admite a reação penal ao fato, como restou evidente no comentário relacionado à adequação social ou na tentativa. É justamente por caracterizar um comportamento de desrespeito (em maior ou menor grau, o que influenciará na reprovabilidade) contra o bem jurídico (com mais ou menos sucesso), que a ação é desvaliosa e recebe a resposta estatal na proporção do prejuízo causado. Tal concepção é fruto evidente da adoção da Teoria Finalista da Ação. Como afirma Luiz Flavio GOMES:

A tipicidade, a partir de WELZEL, deixa de ser (só) objetiva e passa a ser (também e) necessariamente subjetiva (delitos dolosos) (ou normativa, nos delitos culposos, diríamos nós). E o delito não é fruto exclusivo do resultado, senão, sobretudo (na visão de WELZEL) do desvalor da ação, que, no seu sistema, conta com primazia (em virtude da concepção pessoal do injusto). O desvalor da ação, de qualquer forma, passa a representar requisito obrigatório de todo delito.<sup>309</sup>

O finalismo enfatiza na conduta a finalidade, que é então nela o elemento fundamental, considerando que se trata de ação humana, praticada por indivíduos que têm condições de escolher meios e fins, fazendo estimativas dos resultados que atingirá. Conforme aduz o próprio WELZEL:

A análise da estrutura de valor do injusto penal, demonstrou que o desvalor primário e geral de todos os fatos puníveis é **desvalia de ação**, esta não é

<sup>308</sup> ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de direito penal**. p. 60.

<sup>309</sup> GOMES, Luiz Flavio. **Direito penal**: parte geral. p. 358.

somente origem, mas também fundamento essencial da medida da pena.<sup>310</sup>

Na questão do bem jurídico, WELZEL enfatiza que:

Mais essencial que a proteção de determinados bens jurídicos concretos é a missão de assegurar a real vigência (observância) dos valores de ato da consciência jurídica; isso constitui o fundamento mais sólido que sustenta o Estado e a sociedade. A mera proteção de bens jurídicos tem um fim policial e negativo. Contrariamente, a missão mais profunda do Direito Penal é de natureza ético-social de caráter positivo.<sup>311</sup>

E é exatamente por isto que privilegiar a análise do resultado em detrimento da finalidade é ignorar a essência da ação, porque o resultado é fruto da causalidade, e pode ser meramente estimado por seu autor. Já a ação tem uma finalidade certa, assumida pelo mesmo autor.

De acordo com o que foi dito quando dos comentários relacionados à Teoria Finalista, verifica-se que apenas esta considera o homem em sua capacidade de escolher e se responsabilizar por suas escolhas. Ela é a que se coaduna com a visão de um ser humano em busca de sentido e não apenas determinado por sua composição física e biológica.<sup>312</sup> Conforme expõe Luiz Vergílio DALLA-ROSA:

O sujeito, assim considerado, é um ente que faz a si mesmo. Mas não se reduz a essa conjuntura de fazer-se a si mesmo, uma vez que **necessita determinar o que virá a ser**, e esse mecanismo de escolha obrigatória que se impõe a todo momento, em termos de repercussão social direta, transparece na persecução dos fins escolhidos segundo um sentido que se faz presente, dando-lhe unidade na produção da ação, enquanto o agente produtor dessa ação, enquanto autor da conduta, e mais, enquanto responsável pela escolha dos meios utilizados e, conseqüentemente, pelos fins alcançados.<sup>313</sup>

Daí a importância de não negar ao indivíduo a responsabilização por suas condutas, atribuindo-lhe os méritos por seus acertos e as necessárias punições por seus erros, isto é que lhe permite a unidade subjetiva, ser um só, ser inteiro. Ser hoje aquele que se responsabiliza pelo mesmo ser que ontem errou. Retirar a pecha de criminosa de uma conduta reputada insignificante (apesar de típica – com desvalor de conduta e desvalor de resultado jurídico e não naturalístico, ilícita e

<sup>310</sup> WELZEL, Hans. **Direito penal**. p. 103.

<sup>311</sup> WELZEL, Hans. Derecho penal aleman. *apud* QUEIROZ, Paulo de Souza. **Funções do direito penal**: legitimação versus deslegitimação do sistema penal. p. 42.

<sup>312</sup> Recordar-se a reflexão de Welzel de que apenas o homem é capaz de, pela vontade, romper o elo da necessidade.

<sup>313</sup> DALLA-ROSA, Luiz Vergílio. **O direito como garantia**: pressupostos de uma teoria constitucional. p. 25.

culpável), é negar ao seu autor a sua autoria, é negar-lhe os limites que constituiriam a sua subjetividade.

Este reconhecimento do ser humano como autor de sua própria vida, perpassa toda a teoria finalista como já anteriormente destacado. Neste sentido afirma Welzel: “la acción es antijurídica solamente como obra de un determinado autor, que, por su contenido de voluntad, imprime su sello al hecho”.<sup>314</sup>

Afinal:

Se o delinqüente não é, em medida alguma racional, então a prevenção mediante a criação de normas carece de sentido. [...] Não é razoável cominar sanções inúteis a quem não as leva em conta na sua tomada de decisão. [...] No ‘cálculo’ do delinqüente potencial não entram apenas aspectos econômicos, mas também aspectos valorativos que poderiam desempenhar algum papel. [...] Isso é mais coerente com a imagem do indivíduo como pessoa.<sup>315</sup>

Como pessoa faz escolhas voltadas a realização de valores, que são o sentido de suas ações.

### 3.2 ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Quando se afirma que deve ser aplicado o Princípio da Insignificância em função do enorme volume de trabalho das varas e juízes criminais e que muitas vezes o custo do processo<sup>316</sup> supera o valor do produto do crime e a extensão da lesão ao bem jurídico, se está nitidamente adotando uma posição conforme o modelo de Ciência Nova, com evidente intuito pragmático.

Tal Ciência Nova é fruto do sucesso dos modelos matemáticos aplicados em experimentos das ciências naturais, biológicas, e que há muito vêm sendo adaptados também às Ciências Sociais e consequentemente ao Direito.

A partir de tal perspectiva, reduz-se fenômenos sociais e humanos, extremamente complexos, a números, equações, como se fosse possível mensurar matematicamente os prejuízos que possam ser causados por um crime.

<sup>314</sup> WELZEL, Hans. **Derecho penal: parte general**. p. 70. Adiante conclui o autor: “la lesión del bien jurídico (el disvalor del resultado) tiene en el derecho penal importancia solamente dentro de una acción antijurídica-personal (dentro del disvalor de acción).

<sup>315</sup> SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. **Eficiência e direito penal**. Barueri: Manole, 2004. p. 23.

<sup>316</sup> Valor do papel, das impressões, da manutenção da estrutura do fórum, salários dos funcionários, etc.

Trata-se inclusive de uma análise econômica do Direito Penal, impondo ao Estado (neste caso o Estado-juiz), que se comporte tal qual um administrador de uma grande empresa, considerando custos e benefícios, prejuízos e lucros que cada ato seu pode lhe valer.

Inclusive, um dos primeiros autores sobre o Princípio da Insignificância no Brasil, Mauricio Antonio Ribeiro Lopes, ao prefaciar obra de Jesús-Maria Silva Sánchez, sustenta:

Um dos paradigmas econômicos que mais têm sido abordados nas considerações da ordem jurídica é o da eficiência, como princípio e como meta, de toda intervenção estatal. Este princípio-fim atualmente muito em voga no modelo de Estado prende-se mais a uma variante econômica – a busca da melhor relação custo/benefício – que ao exame propriamente do mérito da intervenção estatal, o que no Direito Penal seria de importância extraordinária, uma vez que todo delito importa custos sociais por vezes bastante elevados ou insuportáveis.<sup>317</sup>

O autor prefaciado inicia então sua obra comentando a corrente *law and economics*, cujas principais inovações foram:

A utilização de técnicas como a análise custo/benefício na elaboração das políticas jurídicas e na justificação das decisões judiciais, a abertura decidida do discurso jurídico ao tema das conseqüências econômico-sociais do Direito, ou a consideração de eficiência econômica como valor jurídico.<sup>318</sup>

Em tal paradigma, claramente orientado às conseqüências, os ganhos dos que ganham de alguma forma indenizariam as perdas dos que perdem.<sup>319</sup> Ao criminoso, que também faria o cálculo econômico de sua conduta, deveria estar claro que ao crime seguirão mais desvantagens do que vantagens e ao Estado, também seguindo o mesmo cálculo, não interessaria punir se o custo da punição parecer muito elevado.<sup>320</sup>

Este tipo de análise é evidentemente perigosa, e, se estendida a outras situações (como o custo que um preso representa para o Estado, por exemplo), pode levar à conseqüências absurdas e retrocesso em relação a garantias há muito conquistadas pela humanidade, como a proteção à vida e a vedação da auto-tutela

<sup>317</sup> LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. In: SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. **Eficiência e direito penal**. Barueri: Manole, 2004. viii.

<sup>318</sup> O autor cita Mercado Pacheco. SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. **Eficiência e direito penal**. p. 2.

<sup>319</sup> No caso do Direito Penal seguramente quem mais perde são as vítimas concretas dos delitos considerados insignificantes.

<sup>320</sup> “Que o Direito Penal seja eficiente, em geral e em cada caso particular; em outros termos, que seus custos, em geral, sejam inferiores aos que resultariam acaso os fatos delitivos ficassem isentos de punição”. SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. **Eficiência e direito penal**. p. 31.



privada. O mesmo autor adverte então que é desta linha de pensar que surgem ideais abolicionistas e verifica que, se o que está em jogo são custos: “o custo social da tolerância do delito é sempre superior à vantagem concreta individual que o sujeito obtém com o ato delinqüente. Cabe pensar, por exemplo, que esse custo é ampliado pelo efeito incitador que o fato exerce sobre terceiros”. E cita POSNER:

Em todas estas relações se dão elementos que, à primeira vista, resultam curiosos: assim, o estigma inerente à pena do delito é um custo do mesmo para seu autor, enquanto, por outro lado, proporciona informação a terceiros sobre esse sujeito, o que é criador de valor (benefício) social.<sup>321</sup>

É absolutamente impossível reduzir a um mero número o dano sofrido por uma vítima de lesões corporais praticadas dentro de uma relação doméstica, ou de alguém que tenha sofrido um furto. No entanto, é bastante comum encontrarmos operadores jurídicos sustentando tais teses em defesa de seus clientes<sup>322</sup>.

De todo o exposto acima novamente aparece uma das questões centrais de todo este trabalho e que deveria ser o norte da aceitação ou não do Princípio da Insignificância.

Como se vê nos julgados aplicando ou rejeitando a aplicação do princípio e na doutrina que busca lhe dar fundamentação, sempre é destacado o valor do produto do crime, ou a dita escassez da lesão (nos poucos casos não aferíveis patrimonialmente). Porém, não se percebe que, tomar o valor do produto do crime como parâmetro para determinar se a conduta é criminosa ou não, ou seja, privilegiar o desvalor do resultado em detrimento do desvalor da conduta, é incidir no erro de confundir o bem jurídico com o objeto material do crime.

Neste sentido Juarez Tavares é bastante enfático:

O bem jurídico, por seu turno, não se confunde com o objeto da ação, pois não pode ser entendido no sentido puramente material, como se fosse uma

<sup>321</sup> SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. **Eficiência e direito penal**. p. 38.

<sup>322</sup> PENAL. LESÃO CORPORAL, PRATICADA POR AMASIO. ABSOLVIÇÃO EM NOME DA "POLÍTICA CRIMINAL" E DA "HARMONIA DO LAR". INVOCAÇÃO DO "PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA". IMPOSSIBILIDADE "IN CASU". RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO. I. O amásio da vítima a esfaqueou no pescoço, com avulsão da musculatura, sendo denunciado por lesão corporal (cp, art. 129, "caput"). O juiz monocrático - e com ele o colegiado, embora reconhecendo que não havia excludente da antijuridicidade, absolveu o réu, invocando "política criminal" e a "harmonia do lar". o tribunal, por seu turno, ao confirmar a sentença absolutória, acresceu o "princípio da bagatela". II. Não toca ao juiz, depois de reconhecer a inexistência de excludente de antijuridicidade, absolver o réu por razões metajurídicas. O fato é típico e antijurídico. Também não se pode, no caso concreto, invocar o "princípio da bagatela ou da insignificância", pois a vítima teve que ser atendida em pronto socorro com "avulsão de musculatura" do pescoço. III. Recurso ordinário conhecido e provido. (REsp 38117/PR. Recurso Especial 1993/0023771-3. Relator Min. Adhemar Maciel. Órgão julgador 6ª turma. Data do julgamento 30.11.1993. DJ 31.10.1994. p. 29530).

pessoa ou uma coisa, mas no sentido de característica dessa pessoa e de suas relações, isto é, como valor decorrente da vida individual e social, indispensável à sua manutenção e ao seu desenvolvimento.<sup>323</sup>

Muitos justificariam esta confusão entre objeto material e bem jurídico protegido e aí fundamentariam a aplicação do princípio, dizendo-se que ao Estado não interessa diretamente o objeto material do crime, o bem ou interesse da vítima particularmente considerada e sim o bem jurídico, que representa não apenas os bens daquela vítima específica, mas um bem ou valor relevante para toda a sociedade. Então, ainda justificando a aplicação do princípio, se diria que um pequeno furto, mesmo agredindo o patrimônio de uma determinada vítima, não é suficiente para caracterizar uma agressão ao bem jurídico patrimônio. Uma pequena lesão corporal leve não seria suficiente para configurar uma agressão contra a pessoa, independente da situação da vítima em particular.

Afirma-se ainda que esta forma de pensar é que realmente prestigia o bem jurídico, desencadeando a reação penal apenas quando as agressões a ele forem realmente relevantes.

Ora, o raciocínio deveria ser exatamente o contrário. Afinal, não responder a eventuais agressões a um bem jurídico em razão de sua pequena intensidade denota alguma banalização do mesmo e a excessiva atenção meramente ao desvalor do resultado naturalístico obtido pelo agente.

Fala-se que as lesões menores devem ser tidas como insignificantes e consequentemente ter desconsiderada sua natureza criminosa, porque o legislador, ao descrever a conduta que seria considerada crime, não previa a pequena lesão ao bem jurídico individual e sim lesões relevantes ao bem jurídico geral. O mesmo argumento porém, pode e deve ser usado exatamente ao contrário, reconhecendo-se que o comportamento do autor do fato, mesmo causando lesão pouco relevante ao bem jurídico particular, demonstra seu desprezo em relação ao bem jurídico geral. É a conduta pessoal do autor que é desvaliosa.

Porém, quando se afirma que o exame da insignificância deve ser meramente objetivo, ignorando circunstâncias pessoais do agente, é justamente o desvalor da ação que está sendo preterido, em favor do desvalor do resultado que,

---

<sup>323</sup> TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. p. 181.

sem uma ação desvaliosa, jamais teria ocorrido. Em sentido contrário, há muito defende, com acerto, WELZEL que:

A ação é antijurídica somente como obra de um determinado autor, que, por seu conteúdo de vontade, imprime seu carimbo ao fato. [...] A lesão do bem jurídico (a falta de valor do resultado) tem no direito penal importância somente dentro de uma ação antijurídica-pessoal (dentro do desvalor da ação).<sup>324</sup>

Esta maneira de interpretar e reagir ao fato é que demonstra verdadeiro respeito aos bens jurídicos e principalmente respeito à vítima, que não será conduzida a desacreditar do Estado e dos meios oficiais de controle da criminalidade, buscando a solução dos conflitos com o uso de suas próprias forças, retornando à vingança e auto-tutela privada, afinal, se o Estado detém o monopólio jurisdicional, fica aos jurisdicionados a expectativa de que, em surgindo um conflito de interesses poderão submeter este ao Estado-juiz, que o dirimirá.

Quanto a esta apreciação mais atenta ao desvalor da conduta, há quem afirme que se trata inclusive das tendências mais atuais do finalismo, conforme JESCHECK:

Así, según Armin Kaufmann y Zielinski sólo el desvalor de la acción debe ser determinante para el concepto personal del injusto, mientras que el resultado, es decir la propia lesión del bien jurídico, sólo operaría como condición objetiva de punibilidad.<sup>325</sup>

Ainda no que tange ao debate entre desvalor da ação e do resultado, como já frisado anteriormente, não se pode admitir o reiterado esquecimento da diferença entre resultado naturalístico e resultado jurídico. Relacionado a isto, interessantes as palavras de BETTIOL:

Costuma-se dizer que o crime compromete as condições de existência, conservação e desenvolvimento da sociedade e que o conteúdo substancial do crime consiste precisamente na ofensa a uma destas condições. [...] Pretende-se na verdade entender por condições de existência, de conservação e de desenvolvimento somente aquele complexo de situações que garantem um equilíbrio físico da sociedade. [...] **Para existir e para conservar-se a sociedade não necessita apenas de um 'equilíbrio físico', que constitui a expressão de uma concepção utilitarista-materialista da vida social, mas sobretudo de um 'equilíbrio moral'.**<sup>326</sup>

Veja-se que as raízes históricas do Direito Penal e de todo o Direito é do gradual monopólio da jurisdição por parte do Estado, produzindo e aplicando o

<sup>324</sup> WELZEL, Hans. **Direito penal**. p. 115.

<sup>325</sup> JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado del derecho penal**: parte general. p. 193.

<sup>326</sup> BETTIOL, Guiseppe. **Direito penal**. p. 213-214.(GRIFO NOSSO).

direito, vedando a auto-tutela dos particulares e assim evitando a vingança privada.<sup>327</sup> Assim, se a própria vítima leva ao Estado o conflito é porque ela considera que o mesmo é significativo, não cabendo ao Estado, através dos juízes e promotores, negar-lhe a prestação a que faz jus porque, na visão deles, o fato não tem relevância.

Evidentemente que não se está aqui pregando que diante de lesões menos significantes venha uma exagerada reação estatal. Não se trata da defesa de um Direito Penal Máximo ou do terror. A reação obviamente deve ser proporcional ao crime, à previsão abstrata de pena cominada a ele e todas as suas circunstâncias, principalmente circunstâncias de natureza subjetiva que possam vir a beneficiar o réu. Reage-se ao fato, mas aplicando-se todos os possíveis “favorecimentos” que a lei tem a oferecer aos autores de crimes menos graves ou de infrações de menor potencial ofensivo que, apesar de sentirem que o Estado está protegendo o bem jurídico que foi atacado, não precisarão sentir os efeitos negativos que a estrutura de boa parte do sistema prisional brasileiro oferece.

Desta forma, não se nega a contribuição das correntes criminológicas e político-criminais que influenciaram a dogmática jurídico-penal e levaram à criação de inúmeros mecanismos de contenção do Direito Penal, minimizando-o, mas ao mesmo tempo também não se nega ao criminoso uma resposta ao seu ato, auxiliando-o em sua própria constituição como sujeito através dos limites a que deve se ater, bem como não se deixa a vítima ao total abandono.

### 3.3 OUTROS INSTITUTOS APLICÁVEIS

Serão aqui abordadas outras medidas possivelmente aplicáveis aos fatos que comumente têm ensejado a aplicação do Princípio da Insignificância na prática diária das Varas e Juizados Criminais, bem como nos Tribunais superiores.

É muito comum afirmar-se que não seria razoável expor alguém aos efeitos nefastos do sistema carcerário em razão de infração bagatelar. Como resta

---

<sup>327</sup> “O processo de publicização da reação penal corresponde talvez à mais antiga aspiração do Direito Penal com a substituição das formas primitivas de vingança privada, substituindo o Estado progressivamente a titularidade de exercício deste poder retributivo-sancionatório”. LOPES, Mauricio Antonio Riberiro. **Princípios políticos do direito penal**. p. 52.

manifesto em todo o trabalho, sem dúvida, impõe-se a concordância com tal assertiva.

Ocorre porém, que muitas vezes se argumenta sobre a aplicação do princípio da insignificância como se, da não aplicação do mesmo, fosse resultar ao réu longos anos de privação de liberdade. Ora, uma breve análise da legislação penal brasileira, dos preceitos secundários da parte especial de nosso Código Penal e de vários aspectos da Parte Geral e leis esparsas (tais como a suspensão condicional da pena e do processo, a substituição da pena privativa de liberdade, a transação penal, etc.), demonstram que, para crimes já considerados pelo legislador menos graves (tendo por isto lhe relacionado penas menores), e que não tenham sido cometidos mediante violência contra a pessoa, há inúmeras possibilidades de punição, que não necessariamente a privação da liberdade. Tais hipóteses preservam a proporcionalidade na reação estatal, respeitam a dignidade da pessoa humana e não ignoram simplesmente o ilícito cometido.

São inúmeras as ocasiões de aplicação do Princípio quando este é absolutamente desnecessário. Tome-se por exemplo a decisão do Superior Tribunal de Justiça no Recurso Ordinário em Habeas Corpus 2004/0162120-5, em que se afastou a tipicidade do fato em razão de se tratar do furto de pouco mais de um quilo de carne bovina, avaliado em R\$17,13 (dezessete reais e treze centavos)<sup>328</sup>.

Para a situação exposta o próprio ordenamento penal apresenta solução proporcional à lesividade da conduta. O fato subsume-se ao tipo do furto, artigo 155 do Código Penal, para o qual é prevista pena de reclusão de 1 (um) a 4 (quatro), e multa. O parágrafo segundo do mesmo artigo, faculta ao julgador, em caso de réu primário e em sendo de pequeno valor a *res furtiva*, a substituição da

---

<sup>328</sup> RECURSO EM HABEAS CORPUS. FURTO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICABILIDADE, EM SENDO IRRISÓRIO O VALOR SUBTRAÍDO. RECURSO PROVIDO. 1. O poder de resposta penal, positivado na Constituição da República e nas leis, por força do princípio da intervenção mínima do Estado, de que deve ser expressão, "(...) só vai até onde seja necessário para a proteção do bem jurídico. Não se deve ocupar de bagatelas." (in Francisco de Assis Toledo, Princípios Básicos de Direito Penal). 2. A incidência, contudo, do princípio da insignificância requisita a mínima ofensividade da conduta do agente, a nenhuma periculosidade social da ação, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica provocada, como na lição do Excelso Supremo Tribunal Federal, circunstâncias indubitavelmente ocorrentes no caso de furto de pouco mais um quilo de carne bovina, avaliados à época do fato em R\$ 17,13 (dezessete reais e treze centavos). 3. Recurso provido. (STJ. Órgão julgador Sexta Turma. Min. Relator Hamilton Carvalhido. Data do julgamento 20/10/2005. DJ 06/02/2006. p. 316)

reclusão por detenção, reduzindo-a de um a dois terços ou aplicar apenas a pena de multa.

Considerando que as circunstâncias judiciais fossem favoráveis ao réu, é bastante provável que a pena, de detenção, ficasse bastante próxima do mínimo legal. Desta forma, na remota hipótese de que o juiz não a substituísse por uma ou duas restritivas de direitos, com ou sem a multa, caberia ainda a suspensão da pena ou apenas a aplicação da multa, esta sempre respeitando a condição financeira do réu.

Talvez fosse ainda possível argumentar-se que se tratava de réu em extrema situação de penúria, levado ao ilícito por questões até mesmo de sobrevivência. Não há dúvida de que tal hipótese é extremamente possível, tanto é assim que o mesmo Código Penal já prevê, em seus artigos 23 e 24, a exclusão da ilicitude em razão do estado de necessidade.

É de se frisar que toda a reflexão que aqui se está fazendo sobre o Princípio da Insignificância e dos fatos a que o mesmo tem sido aplicado, refere-se sempre a crimes dolosos, praticados sem violência. Uma vez que em se tratando de crimes cometidos mediante violência ou grave ameaça, é pacífica a posição doutrinária e jurisprudencial quanto à inaplicabilidade do princípio, do que não se discorda.

Já quando se fala de crimes culposos, conforme já comentado no trecho referente às teorias da conduta, também não há que se falar em aplicação do princípio da insignificância, se não veja-se:

No comportamento culposos, o agente não pretende o resultado, sua finalidade era lícita, porém, por um desvio na execução (oriundo da inobservância do dever objetivo de cuidado), o agente acaba por obter um resultado ilícito. Nestas situações, somente será responsabilizado o autor da conduta se houver expressa previsão legal da modalidade culposa.

Isto demonstra claramente que aos crimes culposos não interessa o resultado e sim a inobservância do dever de cuidado, apenas nas situações em que o legislador assim o desejar. Em outras situações, não havendo a previsão legal do crime culposos, mesmo que ocorra o resultado, crime não haverá. O que demonstra

mais uma vez que o que realmente tem relevo ao se considerar criminoso ou não um comportamento é o desvalor da conduta e não do resultado.<sup>329</sup>

Ademais, também como demonstração da adoção da Teoria Finalista da Conduta, sendo lícito o querer do autor do comportamento culposos, o tratamento a ele conferido será sempre mais brando, é o que ocorre por exemplo em relação à aplicação das penas restritivas de direitos, sempre cabíveis aos crimes culposos.

Diante disto é que desde logo se deixa claro o entendimento de que aos crimes cometidos mediante violência não se aplica o princípio da insignificância, bem como aos delitos culposos.

### 3.3.1 Medidas Despenalizadoras

Mencionou-se anteriormente que a partir de propostas da Criminologia e da Política Criminal, vários são os instrumentos que vêm surgindo em diversos ordenamentos jurídicos como forma de retração do campo de atuação do braço penal do Estado, procurando preservar o que se chama de Direito Penal Mínimo.

Assim, além de se ter sempre em conta o caráter fragmentário e subsidiário do Direito Penal, e do Princípio da Intervenção Mínima ser um guia das escolhas legislativas quanto aos comportamentos que devam ser considerados criminosos, apenas isto não é suficiente para impedir que na realidade se apresentem situações concretas em que se faz necessário amenizar de alguma forma a reação estatal a um fato, sem, no entanto, retirar deste a natureza criminosa.

Verifica-se então a previsão de institutos que vêm de certa forma beneficiar os réus que fizerem jus a sua aplicação, tais como a suspensão condicional da pena (sursis), a suspensão condicional do processo, a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, o livramento condicional e o sistema progressivo do cumprimento da pena de prisão, que inclusive pode iniciar já no regime aberto, em conformidade com alguns requisitos evidentemente.

---

<sup>329</sup> Sobre tal questão, comenta Enrique GIMBERNAT ORDEIG: “o que já não aparece com tanta clareza é por que a imprudência deve ser punida com menos rigor do que o dolo. O resultado dos homicídios dolosos é igualmente grave ao dos homicídios culposos”. ORDEIG, Enrique Gimbernat. **O futuro do direito penal**. p. 31.

Em todas as possibilidades mencionadas, o que se verifica é a tentativa de se evitar penas privativas de liberdade de curta duração, não expondo os autores de infrações de menor gravidade aos efeitos negativos do cárcere. ROXIN reputa tais penas breves de “inimigas da ressocialização,” falando inclusive em hipóteses de “desistência da aplicação da pena.”<sup>330</sup>

Algumas de tais medidas são aplicáveis já na fase da execução da pena, enquanto outras se dão mediante o procedimento adotado pelos Juizados Especiais Criminais ou mesmo para infrações não consideradas como de menor potencial ofensivo, o que será referido a seguir.

### 3.3.1.1 Do procedimento da Lei 9099/1995 e relacionadas

Conforme exposto anteriormente, as reflexões da Sociologia Criminal Norte-Americana, do *Labelling Approach* e da Criminologia Crítica, vêm resultando em significativas mudanças no conceito que se tem de crime e influenciam também em aspectos processuais, no que concerne à busca de alternativas ao processo penal e à institucionalização de eventuais autores de crimes.

Esta atitude de se evitar enviar ao sistema carcerário os autores de crimes menores, ou bagatelares, se dá em razão do reconhecimento dos efeitos nocivos que a exposição ao sistema pode ter sobre a identidade do indivíduo e as possibilidades de reconstrução de sua vida após a extinção da punibilidade.

Aborda-se então, ainda que brevemente, o procedimento dos Juizados Especiais Criminais e as medidas alternativas à pena de prisão em sua lei previstas, uma vez que são um grande (talvez o maior) exemplo da opção político-criminal por maior informalidade e celeridade na resposta penal do Estado, em se tratando de ofensas menos graves.

Sobre tal temática comenta Gianpaolo Poggio Smanio:

O Direito Processual Penal, e não apenas o Direito Penal, está incluído nas instâncias formais de controle, que significam o estrito campo de atuação do direito sobre o crime e o delinqüente. Dessa forma, é um dos principais objetos de estudo da criminologia moderna, uma vez que todo o funcionamento das instituições para a aplicação da lei penal, além dos

---

<sup>330</sup> ROXIN, Claus; ARZT, Gunther; TIEDEMANN, Klaus. **Introdução ao direito penal e ao direito processual penal**. p. 63.



procedimentos desta aplicação, estão contidos no ramo processual do direito<sup>331</sup>.

Neste sentido, ao dedicar atenção também ao Processo Penal, uma das propostas feitas pela moderna criminologia, dentro da proposta maior por um Direito Penal Mínimo, é a maior adoção de procedimentos que permitam a composição dos danos entre vítima e réu, o cumprimento de condições que ensejam a suspensão do processo até sua extinção, entre outros mecanismos de despenalização e desinstitucionalização. Complementa Ivette Senise FERREIRA:

Com efeito, criando um procedimento sumaríssimo para as infrações de menor potencial ofensivo, a nova lei veio adequar a ação penal ao princípio da oportunidade, há muito preconizado pelos especialistas da área, abrindo nela espaço para consenso, antes difícil, se não impossível, contribuindo assim para evitar a decantada estigmatização que se processa não somente no cárcere mas, também, no desenrolar do processo penal e que a moderna Política Criminal repudia.<sup>332</sup>

No ordenamento jurídico-penal brasileiro, tais propostas culminaram na edição da Lei 9099/95, a Lei dos Juizados Especiais Criminais, acolhida com muito entusiasmo, dando cumprimento ao disposto pela Constituição Federal, em seu artigo 98, inciso I. DOTTI chegou a afirmar que a nova lei constituía uma “revolução copérnica nos usos e costumes forenses,”<sup>333</sup> mesmo tendo algumas ressalvas quanto à redação de alguns artigos.

Maurício Kuehne também elogiou a lei, dizendo que esta seria “mais uma etapa nas Alternativas Penais, cujo propósito é afastar da prisão aqueles que, em verdade, não necessitam do recolhimento, reservando-se, o ergástulo à criminalidade violenta, de sangue.”<sup>334</sup>

Ao Juizado ficou reservada a competência para julgar as chamadas **Infrações de Menor Potencial Ofensivo**, para as quais se prioriza um tratamento extrapenal, mais útil à sua repressão e prevenção. Trata-se de soluções mais ágeis para a pequena e média criminalidade.

<sup>331</sup> SMANIO, Gianpaolo Poggio. **Criminologia e juizado especial criminal**. p. 25.

<sup>332</sup> FERREIRA, Ivette Senise. A lei 9.099/95 e o direito penal ambiental. In: MORAES, Antonio Sergio Altieri de et al. (Org.). **Juizados especiais criminais: interpretação e crítica**. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 11.

<sup>333</sup> DOTTI, René Ariel. Conceitos e distorções da lei n. 9099/95 – temas de direito e processo penal. In: MORAES, Antonio Sergio Altieri de et al. (Org.). **Juizados especiais criminais: interpretação e crítica**. p. 34.

<sup>334</sup> KUEHNE, Mauricio et al. **Lei dos Juizados Especiais Criminais**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 1997. p. 17.

As referidas infrações, não se confundem de plano com crimes insignificantes, ao contrário, seria possível inclusive a aplicação do princípio no âmbito do Juizado Especial, considerando-se uma infração de menor potencial ofensivo insignificante. É o que esclarecem defensores da aplicação do Princípio mesmo em face de infração já considerada de menor potencial ofensivo:

O que não se deve confundir é crimes de “menor potencial ofensivo” com crimes “insignificantes juridicamente”, em face do Direito Penal Mínimo, levando-se em conta que um pequeno arranhão nos braços, por exemplo, não pode dar ensejo à movimentação da atravancada máquina estatal.<sup>335</sup>

A nota marcante dos delitos assim considerados é o diferente tratamento processual recebido, fruto da histórica preocupação com a breve solução dos conflitos, suprimindo alguns atos processuais, valorizando a oportunidade de conciliação entre as partes, os chamados “espaços de consenso”.

Desde a época do Império o legislador já demonstrava esta intenção<sup>336</sup>, com a possibilidade da nomeação de “juízes árbitros” para dirimir os conflitos, sentenças executadas sem recurso e obrigatoria busca da conciliação antes do início do processo.

Durante a República também procurou-se manter na organização judiciária um órgão especial para julgar com brevidade, causas cíveis e infrações penais, visando rapidez e eficiência na resposta penal.

Em 1984 surge o Juizado Especial de Pequenas Causas, com a Lei 7.244. Tal lei foi inovadora na prática forense, estabelecendo os critérios para que tais órgãos assumissem qualidade de órgãos da Justiça. Isto desencadeou uma demanda cada vez maior por mais amplo acesso ao Poder Judiciário e por soluções mais rápidas dos conflitos.<sup>337</sup>

Logo depois, em 1988, a Constituição Federal traz a expressão “infrações penais de menor potencial ofensivo.”<sup>338</sup>

<sup>335</sup> MELO, André Luis Alves de; SILVA, Sérgio Bastos; SOUZA, Sílvia Ernane Moura de. **Leis dos juizados especiais cíveis e criminais comentada**: Jurisprudência, legislação e prática. São Paulo: Iglu, 2000. p. 50.

<sup>336</sup> CERNICHIARO, Luiz Vicente; COSTA JR, Paulo José da. **Direito Penal na Constituição**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1990.

<sup>337</sup> DOTTI, René Ariel. Conceitos e distorções da lei n. 9099/95 – temas de direito e processo penal. In: MORAES, Antonio Sergio Altieri de et al. (Org.). **Juizados especiais criminais**: interpretação e crítica. p. 35.

<sup>338</sup> Art. 98, A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão: I – juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo,

Em 1995, a Lei 9099 vem definir o que deveria ser considerado infração penal de menor potencial ofensivo, instituindo os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, sendo que com a Lei 11.313 de 2006, foi alterada a redação do artigo 61 da Lei 9.099, passando a ser consideradas de menor potencial ofensivo as infrações para as quais a pena máxima cominada abstratamente não ultrapasse dois anos, cumulada ou não com multa.

O que confere a uma conduta criminosa, a característica de menor potencial ofensivo é unicamente a pena máxima a ela cominada, excetuando-se as infrações para as quais seja previsto procedimento especial. Verifica-se então que o legislador não ofereceu uma conceituação doutrinária de infração penal de menor potencial ofensivo, pautando-se apenas pela pena cominada abstratamente cominada.<sup>339</sup>

Para DOTTI, a referência é o conceito material do delito, procurando-se o dano que revela o desvalor social da conduta.

Estas infrações são processadas através do procedimento sumaríssimo, com investigação preliminar simplificada, consubstanciando-se no Termo Circunstanciado e não no Inquérito Policial, maior espaço para a composição civil dos danos sofridos pela vítima, possibilidade do autor da infração aceitar uma pena antecipada, o que não implica em assunção de culpa, evita a morosidade do processo e não gera os efeitos da reincidência (exceto no que concerne à possibilidade de ser novamente beneficiado com a transação penal). O representante do Ministério Público pode ainda oferecer a suspensão condicional do processo, quando presentes os requisitos legais, impondo-se algumas condições ao agente.

Afirma-se que este modelo flexibilizaria o Princípio da Obrigatoriedade da Ação Penal, prestigiando o Princípio da Oportunidade, ainda que regrada, na

---

mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau.

<sup>339</sup> “De qualquer forma, parece certo que a idéia contida na expressão “infração de menor potencial ofensivo” é a de escassa ou nenhuma lesividade ou periculosidade para o **bem jurídico** protegido, resultando daí a pequena reprovabilidade social ou a escassa repercussão social, que autorizam o tratamento diferenciado proposto e a renúncia ao seu controle penal”. FERREIRA, Ivete Senise. A lei 9.099/95 e o direito penal ambiental. *In*: MORAES, Antonio Sergio Altieri de et al. (Org.). **Juizados especiais criminais: interpretação e crítica**. p. 16. (GRIFO NOSSO). Por este mesmo raciocínio é que a autora defende que nos casos de infrações ambientais se deve ter ainda mais critérios antes de as remeter ao Juizado Especial Criminal.

Ação Penal Pública, dando ênfase ao consenso (até deixando de lado a busca da verdade real, aceitando uma “verdade consensuada”).<sup>340</sup>

Conforme a já mencionada Ivette Senise Ferreira, trata-se de mudanças de natureza não apenas processual, mas penal, pois influenciam diretamente a pretensão punitiva, podendo representar até mesmo a ausência de resposta estatal.

Estas condutas, a despeito de receberem todo este tratamento diferenciado, continuam sendo: típicas, antijurídicas e culpáveis, relevantes ao Direito Penal. Portanto, dizer que uma infração é de menor potencial ofensivo, não significa dizer que seja insignificante. Por outro lado, a atipicidade que justifica a aplicação do princípio pode ocorrer em condutas de menor potencial ofensivo, uma característica não excluindo a outra, no entender dos defensores do princípio.

A conclusão pelo menor potencial ofensivo é fruto da consideração apenas da pena máxima a ela cominada (ou de estar incluída entre as contravenções penais), enquanto a conduta insignificante não tem critérios previamente definidos, sendo analisada caso a caso, dentro de um contexto, conforme ZAFFARONI:

A insignificância só pode surgir à luz da finalidade geral que dá sentido à ordem normativa, e, portanto, à norma em particular, e que nos indica que estas hipóteses estão excluídas de seu âmbito de proibição, o que não pode ser estabelecido à simples luz de sua consideração isolada.<sup>341</sup>

Assim, conforme já comentado, o procedimento dos Juizados Especiais Criminais e a escolha de alguns crimes para serem considerados como infrações de menor potencial ofensivo, são também fruto da tendência por um Direito Penal Mínimo, sem no entanto excluir a resposta estatal (à vítima e à sociedade) aos ilícitos cometidos. Não se trata portanto de descriminalizar, como bem ensina SMANIO:

Distingue-se da descriminalização a despenalização, que é um processo de redução das sanções penais aplicadas a comportamentos que continuam a ser ilícitos penais, como, por exemplo, a substituição das penas privativas de liberdade por outras sanções não detentivas, como a prestação de serviços à comunidade. Igual distinção deve ser feita da descarcerização ou desprisonização, que significam a redução ou a extinção da prisão como medida processual cautelar. Enfim, podemos falar que todos esses são

<sup>340</sup> GOMES, Luiz Flavio. **Suspensão Condicional do Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

<sup>341</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. p. 562.

verdadeiros processos de desinstitucionalização, ou desestatização, que se consubstanciam em retirar das instâncias formais de controle a resolução de certos conflitos, que passam a ser solucionados pela própria sociedade por meio da regulação social informal<sup>342</sup>.

Conforme abordaremos mais adiante, as medidas diferenciadas, cabíveis a partir do procedimento dos Juizados Especiais Criminais, tais como a transação penal e a suspensão condicional do processo, podem ser instrumentos suficientes para a reação também aos crimes considerados insignificantes, remanescendo como condutas criminosas, mas que merecem uma resposta menos gravosa do Estado. A adoção de tal posição representa inclusive uma atitude de maior respeito em relação à vítima e ao bem jurídico desrespeitado pelo autor do crime, ainda que um crime de menor significância.

A primeira destas possíveis medidas diferenciadas que podem ser adotadas a partir da Lei 9099/95, é a *conciliação* ou composição civil dos danos (art. 72). Este artigo está diretamente relacionado ao artigo 62 da mesma lei, que dispõe:

**Art. 62.** O processo perante o Juizado Especial orientar-se-á pelos critérios da oralidade, informalidade, economia processual e celeridade, objetivando sempre que possível, a reparação dos danos sofridos pela vítima e a aplicação da pena não privativa de liberdade.

Na audiência preliminar, presentes as partes e seus advogados, bem como o representante do Ministério Público, o juiz, ou conciliador por ele orientado, explicará a possibilidade de acordo. Quanto ao procedimento, “segundo a sua natureza, como solução amistosa do conflito, não há ritual preestabelecido: a vontade das partes faz a regra.”<sup>343</sup> Trata-se do reconhecimento de que, apesar da presente composição não se tratar apenas de pagamento em dinheiro, em grande parte destas situações, a vítima sofreu algum prejuízo patrimonial, não lhe sendo interessante a prisão do ofensor e sim a restituição do dano. É o que observa Mauricio KUEHNE:

Visando a pronta reparação deste dano, atentando-se, pois, para a dignidade do sujeito passivo da infração penal, o procedimento adotado incentiva o acordo civil entre as partes, motivando sua celebração com as conseqüências de renúncia do direito de queixa ou de representação, ou a própria extinção da punibilidade.<sup>344</sup>

<sup>342</sup> SMANIO, Gianpaolo Poggio. Op. Cit. p. 26.

<sup>343</sup> DOTTI, René Ariel. Conceitos e distorções da lei n. 9099/95 – temas de direito e processo penal. In: MORAES, Antonio Sergio Altieri de et al. (Org.). **Juizados especiais criminais: interpretação e crítica**. p. 57.

<sup>344</sup> KUEHNE, Mauricio et al. **Lei dos Juizados Especiais Criminais**. p. 15.

Importante ressaltar que a composição não pode ser imposta ao suposto autor da infração, sendo possível apenas mediante a concordância deste, o mesmo aplicando-se à vítima.

Não sendo obtida a conciliação, havendo representação da vítima (em caso de ação penal pública condicionada) ou se tratando de ação penal pública incondicionada, o representante do Ministério Público desde logo poderá oferecer a *transação penal* ao réu. Neste caso, ocorrerá desde logo a aplicação de pena restritiva de direitos ou multa ao réu, que, após cumpridas, não gerarão o efeito da reincidência, exceto para os fins de nova aplicação do benefício. Fica claro portanto que “o autor do fato não assume sua culpa, nem no campo civil, nem no penal.”<sup>345</sup>

Por fim, se não for possível a transação penal, pela ausência do autor ou não se configurando as hipóteses do artigo 76 anteriormente mencionado, restará ainda a *suspensão condicional do processo* prevista para os réus que atendem aos mesmos requisitos da suspensão condicional da pena. O chamado *sursis processual* poderá ser proposto pelo órgão do Ministério Público ao oferecer a denúncia, podendo o processo ficar suspenso por dois até quatro anos, mediante o cumprimento de algumas condições já previstas em lei, ou fixadas pelo juiz.

A suspensão do processo pode ser aplicada inclusive para alguém que já tenha sido anteriormente, em outro feito, beneficiado pela transação penal.

Não se pretendeu no breve espaço deste trabalho esgotar a temática dos Juizados Especiais Criminais e todos os seus mecanismos desprocessualizadores e despenalizadores, fazendo-se deles apenas esta menção, uma vez que, ao lado do Princípio da Insignificância e de outros mecanismos legais, é exemplo de tratamento diferenciado às agressões menos lesivas aos bens jurídicos tutelados por nosso ordenamento jurídico-penal e de atendimento mais humanitário ao réu e, principalmente, à vítima. Destaque-se inclusive que a Lei 9.099/95 pode ser aplicada inclusive pelas Varas Criminais, no que for compatível.

Passa-se agora a tratar de outras previsões legais que também vêm em benefício dos réus, abrandando a resposta penal a delitos menores.

---

<sup>345</sup> MELO, André Luis Alves de; SILVA, Sérgio Bastos; SOUZA, Sílvia Ernane Moura de. **Leis dos juizados especiais cíveis e criminais comentada: Jurisprudência, legislação e prática.** p. 63.

### 3.3.1.2 Penas restritivas de direitos

Se há uma característica que se pode imputar ao Direito Penal é a de ser, entre os sistemas jurídicos, um dos que maiores esperanças deposita no ser humano. Assim é que são numerosos os mecanismos de tratamento do criminoso, com penas chamadas alternativas ou alternativas à pena privativa de liberdade.

Tanto a previsão de penas substitutivas, como da suspensão condicional da pena, bem como o sistema progressivo de cumprimento da pena de prisão são demonstrações deste voto de confiança depositado pelo legislador no ser humano e que, posteriormente, na prática, é reiterado pelos aplicadores do Direito diante dos casos e réus concretos. Proporciona-se então aos réus outras formas de responsabilização pelas ilícitos cometidos, sem necessariamente precisarem recolher-se à prisão por longos períodos de tempo, com maiores probabilidades de revisão de suas escolhas e conduta, ao mesmo passo em que não se deixa a sociedade com a sensação de que não houve uma resposta ao delito.

A pena de prisão, como demonstram as observações feitas pela Criminologia, em diversos casos acarreta profundos abalos psicológicos naqueles que a ela são submetidos, tendo muito mais efeitos negativos do que positivos. Ao cumprir uma pena de prisão, gradualmente o condenado vai abandonando sua identidade anterior e aderindo à identidade criminosa, rompendo muitos dos vínculos sociais, familiares e até empregatícios que mantivesse antes do desvio, passando a reforçar seus vínculos com o crime, ingressando em verdadeira carreira desviante.

Sobre o tema reflete BUSATO que “as penas de encarceramento de curta duração não produzem ressocialização, mas, ao contrário, produz, em maior ou menor medida, uma certa dose de dessocialização.”<sup>346</sup> A estas constatações, aduz FRAGOSO:

Conclui-se, assim, que o problema da prisão é a própria prisão, que apresenta um custo social demasiadamente elevado. Aos defeitos comuns de todas as prisões, somam-se os que são comuns nas nossas: superpopulação, ociosidade e promiscuidade. [...] Serve apenas para reforçar alguns valores negativos, proporcionando proteção ilusória.<sup>347</sup>

O mencionado autor afirma então que consequência evidente de tal situação é a tendência a se evitar ao máximo a prisão para os crimes menos graves

<sup>346</sup> BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. **Introdução ao direito penal**: fundamentos para um sistema penal democrático. p. 191.

<sup>347</sup> FRAGOSO, Heleno Claudio. **Lições de direito penal**: a nova parte geral. p. 318.

e penas excessivamente longas aos de maior potencial lesivo, respeitando de fato o caráter de *ultima ratio* do Direito Penal.

Fernando CAPEZ traz uma notícia histórica do surgimento de tais medidas:

O 6º Congresso das Nações Unidas, reconhecendo a necessidade de buscar alternativas para a pena privativa de liberdade, cujos altíssimos índices de reincidência (mais de 90%) recomendavam uma urgente revisão, incumbiu o Instituto da Ásia e do Extremo Oriente para a Prevenção do Delito e Tratamento do Delinqüente de estudar a questão. Apresentada a proposta, foi aprovada no 8º Congresso da ONU, realizado em 14 de dezembro de 1990, sendo apelidada de Regras de Tóquio, também conhecidas como Regras Mínimas das Nações Unidas para a Elaboração de Medidas Não Privativas de Liberdade.<sup>348</sup>

Neste contexto, um dos principais exemplos que há algum tempo vem ganhando cada vez maior aplicação pelas autoridades competentes e legitimidade entre a sociedade são os chamados substitutivos penais, penas substitutivas, penas alternativas, ou, como as denomina o Código Penal Brasileiro a partir de seu artigo 43: penas restritivas de direitos. São elas: prestação pecuniária (que pode também ser prestação de outra natureza), perda de bens e valores, prestação de serviço à comunidade ou à entidades públicas, interdição temporária de direitos (proibição de exercício de algumas atividades como de um cargo público ou a direção de veículo automotor, além da proibição de freqüentar algum local relacionado ao delito) e ainda a limitação de fim de semana.

A Lei 11.343 de 2006, em seu artigo 28, trouxe uma nova modalidade de pena restritiva de direitos relacionada ao usuários de substâncias entorpecentes, prevendo a medida de comparecimento a curso ou programa educativo. Trata-se de uma ampliação então do rol de penas principais previstas em nossa legislação.

Todas estas penas substitutivas previstas pela legislação penal, são opções ofertadas ao julgador para que este, após fixada a pena de prisão, verificando estarem presentes determinados requisitos, substitua a privação da liberdade por prestações que podem ser reais ou pessoais.

Tendo em conta os requisitos impostos pela legislação para a possibilidade de substituição, logo se verifica que várias das infrações que têm sido descriminalizadas em concreto, pela aplicação do princípio da insignificância, teriam, nas penas substitutivas, uma reação mais adequada. São todos crimes cujos

---

<sup>348</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: parte geral. p. 400.



resultados não são tão graves e que o objetivo de se evitar a reincidência pode ser atingido mediante prestações alternativas, sem a necessidade de segregação do réu e exposição do mesmo a todos os efeitos advindos da pena, como afastamento da família e do trabalho.

Entre os critérios para a substituição há alguns de natureza objetiva e outros de natureza subjetiva. Ela é sempre cabível para os crimes culposos (exceto se o juiz a julgar insuficiente para a punição e prevenção conforme o artigo 59 do Código Penal). Aos dolosos, apenados com até 4 anos de privação de liberdade, desde que o crime não tenha sido cometido com violência ou grave ameaça e não seja o réu reincidente (art. 44, I e II). Porém, a vedação ao reincidente não é absoluta, se esta não se der em razão do mesmo crime e o magistrado julgar socialmente recomendável a substituição.<sup>349</sup>

Percebe-se então que é ampla a possibilidade de aplicação das penas restritivas de direitos em conformidade com nossa legislação penal, e estas normalmente deverão se estender pelo mesmo período de tempo em que o beneficiado estaria recolhido à prisão.

Não descenderemos aqui aos detalhes de cada uma das penas restritivas de direitos, uma vez que não é este o objeto principal do presente trabalho. O que se pretendeu frisar é que em muitos dos casos em que se tem aplicado o princípio da insignificância, como pequenos furtos, lesões levíssimas, pequenos danos, a substituição da pena privativa de liberdade que porventura pudesse ser aplicada a tais casos, seria medida político-criminalmente bastante mais adequada.

Além de todas estas penas substitutivas, há ainda a pena de multa, como pena autônoma ou cumulada com uma restritiva de direitos, na condenação à pena privativa de liberdade que ultrapasse 1 (um) ano.

O caso da pena de multa é um dos mais freqüentemente aplicados, tendo destaque inclusive pela possibilidade de contemplar a situação econômica do réu, ao mesmo tempo em que se procura alguma proporcionalidade com o delito cometido, através do sistema de “dias-multa” e dos valores atribuíveis a cada dia multa. Há ainda inclusive a faculdade do parcelamento. Sobre os bons resultados da pena de multa, aduz ROXIN:

---

<sup>349</sup> A lei 11.340 de 2003, conhecida como Lei Maria da Penha, vedou a possibilidade de penas restritivas de direito de caráter real para o autor de crime contra a mulher.

Isso não é importante somente por facilitar a renúncia à pena privativa de liberdade de curta duração, mas também porque os recursos que, dessa forma, afluem para os cofres estatais podem contribuir para o financiamento das medidas de ressocialização necessárias àqueles que cometem crimes mais graves.<sup>350</sup>

Ademais, se os critérios que hodiernamente vêm se mostrando os mais evidentes para o legislador e para o aplicador da lei são os custos que tal aplicação representa, as penas substitutivas ainda significam um custo extremamente mais baixo aos cofres públicos.

Por fim, lembre-se ainda que qualquer das penas restritivas de direitos pode vir a ser convertida em privação de liberdade em caso de nova condenação que impeça o cumprimento concomitante das penas ou de seu descumprimento injustificado.

### 3.3.1.3 Suspensão condicional da pena

Também fruto de opções de Política Criminal, no intuito de se evitar o recolhimento à prisão de autores de delitos menores e por pequeno intervalo de tempo, a suspensão condicional da pena está prevista em nosso Código Penal, em seu artigo 77 e seguintes. Submete-se o condenado ao cumprimento de determinadas condições, durante um certo período de tempo, após o que terá extinta a sua punibilidade.

Heleno Cláudio FRAGOSO faz um breve retrospecto histórico da substituição da pena, relatando que “no sistema *common law* reconhecia-se, de longa data, ao juiz o poder de liberar o acusado da pena, se lhe reconhecesse o propósito de viver em paz”, o que foi seguido pelos tribunais americanos e diversas de suas leis, criando-se um sistema federal de supervisão dos liberados.<sup>351</sup>

O *sursis* é decorrente, no Brasil, de influência européia, notadamente do chamado sistema franco-belga, a partir do qual o réu é primeiro condenado, então suspendendo-se a pena.<sup>352</sup>

<sup>350</sup> ROXIN, Claus; GÜNTHER, Arzt; TIEDEMANN, Klaus. **Introdução ao direito penal e ao direito processual penal**. p. 65.

<sup>351</sup> FRAGOSO, Heleno Claudio. **Lições de direito penal**: a nova parte geral. p. 379.

<sup>352</sup> No Juizado Especial Criminal é possível observar a adoção do *probation system* em que, ainda antes de uma condenação, propõe-se ao réu algumas condições e a conseqüente suspensão do processo.

### Comenta ainda FRAGOSO:

As razões de ser do instituto são evidentes. Procura-se afastar da prisão o condenado primário, não perigoso, reconhecendo o efeito altamente nocivo do encarceramento, que degrada e humilha, favorecendo a reincidência. Busca-se, através do sursis, facilitar a ressocialização do condenado, não o afastando da família, do emprego e da comunidade em que vive. Trata-se da mais importante medida de política criminal incorporada a nosso código.<sup>353</sup>

A partir do advento das penas substitutivas, que têm entre seus requisitos que a pena em concreto (em crimes dolosos) não ultrapasse 4 (quatro) anos e aos culposos sequer impõe limite máximo à pena, a substituição condicional da pena (sursis), acabou esvaziada. Isto se dá porque um dos requisitos para a aplicação do sursis é que a pena imposta não ultrapasse 2 (dois) anos<sup>354</sup>, ou seja, tal exigência já se encontra abrangida nas hipóteses de substituição.

Caberia ainda sursis em casos de crimes cometidos mediante violência, mas cuja pena não ultrapasse os dois anos.

Além do período da pena, também atenta-se para o fato de não ser o réu reincidente em crime doloso, ter as circunstâncias do artigo 59 do Código Penal a seu favor e não ser possível a substituição por restritiva de direitos como já mencionado.

Os requisitos legais para o uso do sursis estão presentes no artigo 77 do Código Penal.

A suspensão é cabível nos casos em que seja cominada pena privativa de liberdade não superior a dois anos e quando não seja possível a substituição por pena restritiva de direitos. É portanto um instituto subsidiário das substituições. Ainda, exige do réu a não reincidência e que as circunstância judiciais do artigo 59 do Código Penal lhes sejam favoráveis, permitindo ao juiz entender que a substituição será suficiente para evitar que o beneficiário volte a delinquir.

É ela, a suspensão, outra possibilidade de, apesar de haver uma sentença penal condenatória impondo ao réu a limitação da liberdade, este não vir a ser recolhido a qualquer estabelecimento penal, bastando que durante um período, fixado pelo juiz na mesma sentença, cumpra determinadas condições, ao final do que terá extinta a sua punibilidade.

<sup>353</sup> FRAGOSO, Heleno Claudio. **Lições de direito penal**: a nova parte geral. p. 380.

<sup>354</sup> No chamado Sursis Humanitário a pena pode ser de até 4 (quatro) anos.

ROXIN destaca que no caso do sursis, como nos outros institutos aqui mencionados, condição determinante “é um prognóstico favorável, ou seja, a expectativa de que seja possível, dessa forma, mesmo sem cumprimento da pena, evitar que o agente cometa outros crimes”.<sup>355</sup>

O Código Penal prevê três espécies de sursis, o simples, o especial e o etário, diferenciados apenas pelas condições e prazos de período de prova a que ficará submetido o réu e pelo fato do sursis etário ser aplicável mesmo em caso de penas privativas de liberdade até quatro anos.

As condições que deverão ser cumpridas pelo condenado podem ser estabelecidas em lei ou fixadas pelo juiz, conforme o Código Penal em seu artigo 78 e parágrafos.

São condições semelhantes às penas restritivas de direitos e mesmo às condições da suspensão condicional do processo, tais como a prestação de serviços à comunidade, proibição de freqüência a determinados locais ou de ausentar-se da comarca sem autorização judicial, bem como ainda o comparecimento mensal em juízo para justificar suas atividades.

Veja-se que são todas condições que efetivamente podem levar o autor de um crime menos grave a sentir a responsabilidade aliada à liberdade. Usou a sua liberdade e arcará com as conseqüências, o que continuará fazendo também durante a punição. Além disto, permite ao autor do fato um envolvimento com a sociedade, seu reingresso no mercado de trabalho ou manutenção do emprego, se for este seu caso.

Tais condições serão adimplidas durante um período de prova determinado pelo juiz. No decorrer de tal período o benefício inclusive pode vir a ser revogado pelo advento de causas como uma nova condenação ou o não cumprimento, injustificado, de alguma das condições impostas, o que inclusive pode levar à prorrogação do período de prova.

Cumpridas as condições, opera-se de pleno direito a extinção da punibilidade do réu.

Não se deve confundir a suspensão condicional da pena, com a suspensão condicional do processo, mencionada quando da abordagem do procedimento do Juizado Especial Criminal.

---

<sup>355</sup> ROXIN, Claus; GÜNTHER, Arzt; TIEDEMANN, Klaus. **Introdução ao direito penal e ao direito processual penal**. p. 63.

Percebe-se portanto que a suspensão condicional da pena, tal como os demais instrumentos aqui comentados, são respostas mais razoáveis dadas pelo Estado ao crime, principalmente porque levam em consideração toda a complexidade do fato e de seu autor, tendo em conta circunstâncias objetivas e subjetivas, não se pautando apenas pelo resultado do crime, diferentemente do Princípio da Insignificância.

#### 3.3.1.4 Regimes de cumprimento de pena privativa de liberdade: sistema progressivo

Conforme estabelece o Código Penal em seu artigo 32, as penas previstas no ordenamento jurídico brasileiro são privativas de liberdade, restritivas de direitos e multa.<sup>356</sup> A privativa de liberdade pode ser classificada entre reclusão, detenção ou prisão simples e, em seu cumprimento, de acordo com determinadas condições podem ter o regime fechado, semi-aberto ou aberto.

A escolha do regime inicial do cumprimento da pena privativa de liberdade dependerá de fatores como a natureza da pena (reclusão ou detenção), sua quantidade e a reincidência do réu. Posteriormente, já em fase de execução, o mérito do condenado interferirá na possibilidade de progressão ou regressão de regime.

A reclusão pode ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto, enquanto a detenção pode ser executada na modalidade semi-aberta ou aberta. O que difere cada um dos regimes é o grau de segurança e isolamento do condenado em cada um deles e as possibilidades de trabalho externo.

Após fixar a pena privativa de liberdade, atendendo ao critério trifásico do artigo 68 do Código Penal, o juiz determinará em que regime deverá ser iniciada a execução da pena. Optará pelo fechado, em sendo o réu reincidente e condenado a pena superior a oito anos. O semi-aberto será fixado ao condenado não reincidente e sobre quem pese pena superior a 4 (quatro) e inferior a 8 (oito) anos. O regime aberto é destinado aos condenados a penas iguais ou inferiores a 4 (quatro) anos).

---

<sup>356</sup> A Constituição Federal rol mais detalhado, afirmando: **Art. 5º**, XLVI – a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos.

Trata-se apenas da fixação do regime inicial do cumprimento da pena, escolha em que serão determinantes então as condições pessoais do réu, considerando inclusive a hipótese de concurso de crimes, situação em que deverão ser unificadas as penas para então ser possível determinar o regime.

Porém, durante a execução da pena podem concorrer algumas condições que ensejem a progressão ou a regressão do regime de seu cumprimento, o que depende diretamente do mérito do condenado. Conforme Luiz Regis PRADO:

Para a progressão do regime, além do requisito *formal*, objetivamente comprovado (cumprimento de ao menos um sexto da pena no regime anterior); faz-se necessário ainda, o requisito *material* representado pelo *mérito* do acusado (art. 33, §2º, CP), que é objetivamente comprovado pelo diretor do estabelecimento, além de outros elementos valorados como relevantes para caracterizar o citado mérito.<sup>357</sup>

Desta forma então, se não foi possível ao condenado já iniciar o cumprimento de uma pena privativa de liberdade em regime aberto, é possível chegar até ele demonstrando seus méritos durante a execução da pena.

O contrário também é possível, em caso de regressão de regime, passando o indivíduo de um regime menos gravoso a outro mais severo, o que é disciplinado pela Lei de Execuções Penais, prevendo tal agravamento da situação do condenado se ele praticar fato definido como crime doloso ou uma falta grave (art. 50); ou, em razão de nova condenação por crime anterior, a soma das penas resulte em quantidade que impeça o regime mais benéfico.

Novamente se diga que não é intenção deste trabalho esgotar o tema em tão breve espaço, o que se pretende demonstrar aqui, mencionando de forma rápida as regras para fixação do regime inicial de uma pena privativa de liberdade e as alterações que tal regime pode sofrer no curso da execução, é que, na remota possibilidade de um autor de crime semelhante aos que têm sido considerados insignificantes e atípicos, vir a ser condenado a uma pena privativa de liberdade, seguramente tal pena seria desde logo iniciada em regime aberto.

Tome-se, por exemplo, novamente, o furto, sua pena máxima, em abstrato, é reclusão de 4 (quatro) anos, porém, o §2º do artigo 155, prevê a figura privilegiada para o réu primário, que fure coisa de pequeno valor, para quem a reclusão poderá ser substituída por detenção, ou seja, é possível afirmar que, se o

<sup>357</sup> PRADO, Luiz Regis. **Elementos de direito penal**. p. 190.

magistrado não entender suficiente somente a pena de multa, em sendo o condenado não reincidente, certamente iniciaria sua pena já em regime aberto.<sup>358</sup>

Pense-se talvez no crime de lesão corporal, previsto no artigo 129 do Código Penal.<sup>359</sup> A pena prevista no preceito secundário de tal norma proibitiva é detenção de 3 (três) meses a 1 (um) ano. Diante apenas desta informação já temos que o julgamento caberia ao Juizado Especial Criminal, onde caberia composição civil, transação penal e suspensão condicional do processo. Caso nenhuma destas alternativas fosse possível (o que demonstraria que as condições pessoais do réu não permitiram), chegando-se na distante possibilidade de condenação à privação da liberdade, esta não seria substituída por restritiva de direitos, em razão da violência, mas, poderia ser objeto de suspensão condicional da pena. Ainda, se não fosse suspensa, seria iniciada logo em regime aberto.

A análise acima esboçada poderia ser feita tipo a tipo da parte especial de nosso Código Penal e da legislação extravagante. A conclusão é certa, em não se tratando de crimes cometidos mediante violência contra a pessoa ou grave ameaça, são inúmeras as possibilidades de se evitar a prisão dos seus autores, sem no entanto significar impunidade para ele e abandono para a vítima e para a sociedade.

Ou seja, como já ficou estabelecido anteriormente, o fato cometido é típico, há desvalor da conduta e há um resultado<sup>360</sup>, o que impõe a necessidade de uma resposta estatal ao fato. Porém, sendo um crime de menor relevância, assim considerado pelo legislador que lhe cominou pena mais baixa, não é necessária uma reação excessiva, privando-se o réu de sua liberdade por longo período, para tanto, muitos são os mecanismos já previstos no ordenamento jurídico que vêm em socorro do condenado, amenizando a intervenção do Estado em sua esfera individual. Sintetizando-se: nada resta ao princípio da insignificância.

Realmente, assiste razão aos defensores do princípio quando afirmam que é desproporcional submeter ao cárcere os autores de lesões irrisórias, porém, é também desproporcional não reagir de forma alguma ao fato.

---

<sup>358</sup> Isto se não houver a substituição por restritiva de direitos.

<sup>359</sup> Para tanto, apenas a título de argumentação, afastando-se o entendimento que em delitos praticados mediante violência jamais caberia o princípio da insignificância.

<sup>360</sup> Mais uma vez se diga que o entendimento aqui esposado jamais se afasta do entendimento de que deve existir alguma lesão ao bem jurídico protegido para que o fato seja típico, do contrário se puniria meras conjecturas, planos ou tendências do autor.

### 3.3.1.5 Livramento condicional

Por fim, ainda na mesma linha de raciocínio acima esposada, excluindo-se todas as possibilidades anteriores que funcionam como verdadeiro filtro para só permitir o ingresso à prisão daqueles que realmente não reúnem as condições legais para estar em liberdade, assiste-lhes ainda o livramento condicional.

ROXIN denomina tal benefício concedido ao condenado de “suspensão do restante da pena”, como se fora um caso particular de sursis.<sup>361</sup> Trata-se da “liberação antecipada, mediante determinadas condições, do condenado que cumpriu uma parte da pena que lhe foi imposta,”<sup>362</sup> desde que cumpridos alguns requisitos. É também evidente reflexo de escolhas político criminais do legislador brasileiro.

Como não se dá a aplicação automática do benefício, o juiz, com a oitiva do Ministério Público, observará o cumprimento de alguns requisitos, objetivos e subjetivos para a concessão do livramento, conforme o artigo 83 e seguintes do Código Penal. Deve se tratar de pena privativa de liberdade igual ou superior a dois anos, que já tenha uma parcela cumprida (parcela esta que dependerá de algumas condições do condenado, como a reincidência, e natureza do crime). Ainda, deve ser observada a possibilidade e efetiva reparação do dano pelo réu. Em relação aos requisitos subjetivos, o réu deve apresentar bons antecedentes e comportamento satisfatório durante o cumprimento da pena, além de se sair bem em algum trabalho que lhe tenha sido atribuído, demonstrando que terá capacidade de prover seu próprio sustento quando em liberdade. Ainda, no que se refere aos condenados por crimes dolosos cometidos com violência ou grave ameaça, há um requisito específico, que fica ao prudente arbítrio do magistrado, que deverá estar convicto de que o liberado não voltará a delinquir.

De acordo com a Lei de Execuções Penais, exposta por Luiz Regis PRADO, são condições para o livramento: a) obter ocupação lícita, dentro de prazo razoável, se for apto para o trabalho; b) comunicar periodicamente ao juiz sua

---

<sup>361</sup> ROXIN, Claus; GÜNTHER, Arzt; TIEDEMANN, Klaus. **Introdução ao direito penal e ao direito processual penal**. p. 63.

<sup>362</sup> FRAGOSO, Heleno Claudio. **Lições de direito penal**: a nova parte geral. p. 388.



ocupação; c) não mudar do território da comarca do Juízo da Execução sem prévia autorização deste. Há ainda condições facultativas como:

- a) não mudar de residência sem comunicação ao juiz e à autoridade incumbida da observação cautelar e de proteção;
- b) recolher-se à habitação em hora fixada;
- c) não freqüentar determinados lugares.<sup>363</sup>

Tal qual os demais mecanismos anteriormente mencionados, também no livramento condicional é prevista a possibilidade de revogação. Como já dito, trata-se de um voto de confiança depositado pelo Estado no condenado, crendo-se que este tem condições de voltar à liberdade. Sendo esta confiança quebrada, obrigatoriamente revoga-se o benefício: por condenação advinda de crime cometido durante o benefício ou anterior a este; ou ainda, de forma facultativa, se for condenado a pena não privativa de liberdade ou se descumprir obrigações impostas para o livramento.

Ao final do período de prova estará extinta a punibilidade do liberado.

É evidente que seria absurda a possibilidade de um réu autor de um delito bagatela chegar ao ponto de necessitar beneficiar-se do livramento condicional. Só se encontrará nesta situação caso realmente nenhuma das demais possibilidades já mencionadas possa lhe socorrer, neste caso, todas as decisões proferidas em seu caso deverão ter sido fundamentadas e se assim não o foram sempre lhe acudiu o amplo sistema recursal com devido processo legal, contraditório, ampla defesa, duplo grau de jurisdição e todas as garantias constitucionais. Porém, caso passe por tudo isto e ainda seja mantida a necessidade da privação da liberdade, ainda terá a progressão de regime e o livramento condicional em seu auxílio.

Por fim, ainda sobre os mecanismos despenalizadores, interessante retomar o pensamento de SILVA SANCHEZ, algumas vezes citado neste trecho do trabalho:

É preciso cuidar para que os benefícios penitenciários não anulem a dissuasão marginal existente, que em princípio configura a base das diversas cominações penas abstratas. Assim, é razoável advogar por um princípio de cumprimento efetivo das condenações impostas. E isso não rechaça a existência de benefícios penitenciários orientados à ressocialização.<sup>364</sup>

<sup>363</sup> PRADO, Luiz Regis. **Elementos de direito penal**. p. 240.

<sup>364</sup> SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. **Eficiência e direito penal**. p. 46.

Em outro momento o mesmo autor comenta que para se estar à margem dos efeitos malignos do sistema penal há um caminho bastante eficiente: não cometer crimes.<sup>365</sup>

---

<sup>365</sup> Sobre a temática da análise econômica do Direito é interessante a leitura de FORGIONI, Paula A. *Análise econômica do direito: paranóia ou mistificação*. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. **Diálogos constitucionais**: direito, neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se a presente pesquisa com a intenção de se ter, ainda que em escassa medida, contribuído para uma discussão mais aprofundada e responsável sobre o assunto. Conforme exposto já no início, a aplicação do Princípio da Insignificância é cada vez mais constante, a despeito dos poucos critérios a pautar o convencimento dos aplicadores e de não se coadunar com a Teoria Finalista da Conduta, adotada amplamente por nossa doutrina e claramente por nosso legislador.

Efetivamente não é mesmo de se esperar que todas as soluções possíveis a todo e qualquer conflito estejam já plenamente previstas pelo legislador, com todas as suas nuances e variadas possibilidades que a complexidade da vida real apresenta. Neste sentido se recorda o comentário de Roberto LYRA:

O direito tenta disciplinar as sociedades humanas, como elas são, nascendo, crescendo, declinando e morrendo, através dos tempos. O jurista foi comparado ao jardineiro. Pela manhã, a tesoura contém o ímpeto vegetal. À noite, rebentos zombam da poda. Hoje, não há jardins, mas florestas. Estas requisitam não jardineiros, mas lenhadores.<sup>366</sup>

Diante destas inúmeras possibilidades que podem ser submetidas ao julgador, lembrou-se o pensamento de HART<sup>367</sup>, com a verificação de uma textura aberta do Direito, o que poderia levar alguns a adotarem verdadeiro ceticismo em relação às regras, entendendo que nada há a limitar o juiz e que o Direito apenas se torna Direito após aplicado. Para HART, no entanto, isto seria ignorar o papel que as regras têm em qualquer esfera da vida real. Seria fácil demonstrar que agimos conforme regras, uma vez que se nossos comportamentos são postos em causa, logo os justificamos por referência às regras.

Sem dúvida, muito é deixado aos aplicadores, mesmo considerando a possibilidade de erros dos mesmos. Isto não significa dizer que possam criar as próprias regras, o que fazem é aderir a elas e, apesar de certa discricionariedade, há sempre um núcleo a que devem ser fiéis. É necessário então buscar um meio termo entre o formalismo e o ceticismo em relação às regras. Diante disto, concebeu-se um arranjo a partir do qual o critério de validade jurídica vem da soberania permanente do Parlamento.

---

<sup>366</sup> LYRA, Roberto. **Guia do ensino e do estudo do direito penal**. Rio de Janeiro : Forense, 1956.

<sup>367</sup> HART. Herbert L. A. **O conceito de direito**. Fundação Calouste Gulbenkian: Lisboa, 1972.

No que toca à aplicação do princípio da insignificância, o que se tem observado é a busca de fundamentos muito abertos, amplos, que tudo e nada justificam. Esquece-se que os critérios que orientam o legislador e aqueles que orientam o julgador, nem sempre devem coincidir. É o legislador quem deve pautar-se pelo Princípio da Intervenção Mínima ao descrever as condutas que considerará intoleráveis à preservação da harmonia social. É o legislador quem deve ter em conta o caráter fragmentário e subsidiário do Direito Penal ao selecionar os bens jurídicos que se tornarão bens jurídicos penais.

Não se trata aqui de uma fé inabalável no legislador e na lei como expressão da vontade geral, mas, em um Estado Democrático de Direito, dadas as regras do jogo, faz-se necessário jogar conforme tais regras, inclusive quando se trata de questionar as próprias regras. Do contrário, cada jogador joga seu jogo isoladamente e não terá condições de, a partir do seu regramento, propor alterações na forma de jogar de outrem. Só é possível debater sobre as regras, quando os debatedores todos julgam-se submissos às mesmas obrigações e limites.

Ao aplicador caberá dar soluções jurídicas aos casos concretos que lhe forem submetidos, baseadas não raramente em seu bom senso ou senso de justiça, mas sempre encontrando fundamento no ordenamento jurídico a que está subordinado, encontrando nele soluções alternativas, proporcionais às situações que lhe cabe responder.

Termina-se o trabalho com a mesma convicção que lhe deu início: não se trata de saber o que é um crime insignificante, mas sim, investigar o que é um crime. Uma vez estando clara a noção que se adote de crime (no caso brasileiro, é a noção finalista de ação típica, ilícita e culpável), diante do fato concreto basta o analisar a partir de tal noção. Assim, com estes critérios, se algo pode ser considerado crime, insignificante não é. Caso seu resultado seja pouco lesivo a reação estatal lhe deverá ser proporcional, mas deverá existir, afinal de contas, se está diante de um crime.

Desde BECCARIA que já se tem muito claro que não é a severidade das penas que pode combater a criminalidade, mas sim a certeza das mesmas. Semelhante é o pensar de Hans WELZEL, afirmando:

A segurança do juízo ético-social dos particulares depende, essencialmente, da segurança com que o Estado pronuncia e impõe seus juízos de valor. Por certo que a essa segurança do juízo estatal não a determina tanto a severidade, como a certeza na aplicação das penas, isto é, a continuidade permanente de sua aplicação. E aonde a validade dos

deveres sociais elementares vá cedendo terreno à causa de uma administração de justiça penal insegura de si mesma, o relaxamento não se limita aos deveres ético-sociais elementares, mas também afeta a totalidade do mundo ético de valores.<sup>368</sup>

Interessante refletir sobre o fato de que se há décadas atrás aquele que se decidia pelo cometimento de um crime o fazia confiando que jamais seria descoberto, hoje o faz quase que com a certeza de que, se for pego, não será punido.

No que se refere à necessária defesa de bens jurídicos, esta não se faz apenas punindo determinadas condutas, ou deixando de punir outras tantas. Neste sentido, relevante a reflexão de Gunther ARZT:

Precisamos sentir que somos, nós mesmos, responsáveis pela defesa de nossos próprios interesses, recorrendo, entre outros, a medidas de precaução contra os crimes. A defesa de bens jurídicos é mais do que a coibição de crimes e a punição de criminosos. A proteção de bens jurídicos diz respeito a todos nós.<sup>369</sup>

A mesma reflexão faz ROXIN (citado por GIMBERNAT ORDEIG): “se o Estado deve assegurar ao cidadão seus bens jurídicos, o reverso é que todo membro da comunidade deve fazer, por sua vez, o que seja necessário para cumprir esta tarefa comum”.<sup>370</sup>

Por fim, é necessário pontuar que entre tudo o que se pretendeu demonstrar com o presente trabalho, não se encontra um posicionamento a favor de um “Direito Penal Máximo”, “do terror” ou “do inimigo”. De forma alguma se sustenta um sistema penal incompatível com o ideal de um Estado Democrático de Direito, que valorize a dignidade da pessoa humana e todas as garantias individuais a que cada cidadão faz jus.

É evidente que toda a análise da criminalidade, apesar de tratar sempre de escolhas individuais, não pode ser afastada de um contexto macrosociológico que de algum modo contribui na formação intelectual e moral dos indivíduos e permite a diferentes pessoas, diferentes escalas de valores, escolhas que estão mais acessíveis a alguns do que aos outros.

Porém, ao mesmo tempo em que o estudo do crime não pode ignorar tais questões de ordem sociológica, com elas também não pode confundir-se,

<sup>368</sup> WELZEL, Hans. **Direito penal**. p. 34.

<sup>369</sup> ROXIN, Claus; ARZT, Gunther; TIEDEMANN, Klaus. **Introdução ao direito penal e ao direito processual penal**. p. 95.

<sup>370</sup> ORDEIG, Enrique Gimbernat. **O futuro do direito penal**. p. 27.

exagerando nos espaços concedidos a tais reflexões dentro da prática diária dos aplicadores do Direito.

Impossível não levar em consideração a condição de miserabilidade a que se encontram reduzidos muitos brasileiros, miséria econômica, cultural, moral e total abandono por parte do Estado (que cria a dependência do cidadão e depois não corresponde a ela), no mesmo momento em que outros têm o privilégio de estudar, refletir, aperfeiçoar suas escolhas pessoais e determinar o sentido que darão as suas existências. No entanto, estes mesmos estudos não devem conduzir os pesquisadores e aplicadores futuros dos resultados de tais pesquisas a orientar suas condutas e escolhas de forma a aprofundar as mesmas causas que originaram o abandono a que foram relegados os primeiros. Tal foi a intenção que impulsionou o trabalho que aqui se encerra.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BACIGALUPO, Enrique. **Direito penal**: parte geral. São Paulo: Malheiros, 2005.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**. 3 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

BELING, Ernst von. **Esquema de derecho penal**. Buenos Aires: Depalma, 1944.

\_\_\_\_\_. **La doctrina del delito-tipo**. Buenos Aires: Depalma, 1944.

BETTIOL, Guiseppe. **Direito penal**. (Tradução Paulo José da Costa Junior e Alberto Silva Franco). São Paulo: Revista dos tribunais, 1966.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Erro de tipo e erro de proibição**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

BRASIL. **Códigos penal, processo penal e constituição federal**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRUNO, Aníbal. **Direito penal – parte geral**. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. **Introdução ao direito penal**: fundamentos para um sistema penal democrático. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

CERNICHIARO, Luiz Vicente; COSTA JR, Paulo José da. **Direito Penal na Constituição**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1990.

DALLA-ROSA, Luiz Vergílio. **O direito como garantia**: pressupostos de uma teoria constitucional. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.

DOTTI, René Ariel. Conceitos e distorções da lei n. 9099/95 – temas de direito e processo penal. *In*: MORAES, Antonio Sergio Altieri de et al. (Org.). **Juizados especiais criminais**: interpretação e crítica. São Paulo: Malheiros, 1997.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**: teoría del garantismo penal. Madrid: Trotta, 1995.

FERREIRA, Ivete Senise. A lei 9.099/95 e o direito penal ambiental. *In*: MORAES, Antonio Sergio Altieri de et al. (Org.). **Juizados especiais criminais**: interpretação e crítica. São Paulo: Malheiros, 1997.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge. **Questões fundamentais do direito penal revisitadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FORGIONI, Paula A. Análise econômica do direito: paranóia ou mistificação. *In*: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. **Diálogos constitucionais**: direito, neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. 19 ed. Petrópolis: Vozes, 1987.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Conduta punível**. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1961.

\_\_\_\_\_. **Lições de direito penal**: a nova parte geral. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

\_\_\_\_\_. **Objeto do crime**. Disponível em: [http://www.fragoso.com.br/cgi-bin/heleno\\_artigos/arquivo60.pdf](http://www.fragoso.com.br/cgi-bin/heleno_artigos/arquivo60.pdf) Acesso em 13 de março de 2008.

FREITAS, Vladimir Passos; FREITAS, Gilberto Passos. **Crimes contra a natureza**. 6 ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2000.

GOMES, Luiz Flavio. **Caso Angélica Teodoro**: “roubo de um pote de manteiga e princípio da irrelevância penal do fato. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8258>. Acesso em 13 de junho de 2008.



\_\_\_\_\_. Delito de Bagatela: Princípios da Insignificância e da Irrelevância Penal do Fato. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, São Paulo**, n. 102, maio 2001.

\_\_\_\_\_. **Direito penal**: parte geral. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

\_\_\_\_\_. **Suspensão Condicional do Processo Penal**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1995.

GUIMARÃES, Isaac Sabba. **Dogmática penal e poder punitivo**. Curitiba : Juruá Editora, 2000.

HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. Fundação Calouste Gulbenkian: Lisboa, 1972.

HASSEMER, Winfried. **Direito penal libertário**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007

\_\_\_\_\_. **Três temas de direito penal**. Porto Alegre: AMP/Escola Superior do Ministério Público, 1993.

\_\_\_\_\_. **Fundamentos del derecho penal**. Tradução de Francisco Muñoz Conde e Luis Arroyo Zapatero. Barcelona: Bosch, 1984.

HERKENHOFF, João Batista. **Como aplicar o direito**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de derecho penal**: parte general. 4 ed. Granada: Comares, 1993.

JESUS, Damasio Evangelista de. Crime de bagatela: reconhecimento do princípio da insignificância no delito de descaminho e seu efeito nos tipos privilegiados do furto e da apropriação indébita. Disponível em <http://www.amperj.org.br/port/damasio2.htm>. Acesso em 07.04.2001.

KUEHNE, Mauricio et al. **Lei dos Juizados Especiais Criminais**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 1997.

LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. **Princípio da Insignificância no direito penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

\_\_\_\_\_. **Princípios políticos do direito penal**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

\_\_\_\_\_. **Teoria Constitucional do direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

LOUVEIRA, Leopoldo Stefano Leone; DALL'ACQUA, Rodrigo. Atentado violento ao pudor, aplicação do princípio da insignificância. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 128, ano 11 – jul/2003. p. 713-715.

LUISI, Luis. O princípio constitucional penal da intervenção mínima. **Ciência penal, coletânea de estudos**. Curitiba : Juruá, 1999.

LYRA, Roberto. **Guia do ensino e do estudo do direito penal**. Rio de Janeiro : Forense, 1956.

MACHADO, Luiz Alberto. **Direito Criminal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

MAIA NETO, Candido Furtado; KUEHNE, Mauricio. (org). Bases humanitárias e democráticas para reforma do direito penal brasileiro – **Ciência Penal, Coletânea de Estudos**. Curitiba: Juruá, 1999.

MELHEM, Patricia Manente. **O princípio da insignificância no direito penal**. 2002. 108 f. Monografia (Graduação) - Curso de Direito, Departamento de Direito do Estado, Universidade Estadual de Ponta Grossa, Ponta Grossa, 2002.

MELO, André Luis Alves de; SILVA, Sérgio Bastos; SOUZA, Sílvio Ernane Moura de. **Leis dos juizados especiais cíveis e criminais comentada: Jurisprudência, legislação e prática**. São Paulo: Iglu, 2000.

MEZGER, Edmund. **Derecho penal** . Buenos Aires: Editorial Universidad, 1957

MONTEIRO DE BARROS, Flavio Augusto. **Direito penal**:parte geral. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2008.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 13 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

ORDEIG, Enrique Gimbernat. **O futuro do direito penal**. Barueri: Manole, 2004.

PELUSO, Vinicius de Toledo Piza. A objetividade do Princípio da Insignificância. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, São Paulo**, n. 109.

PRADO, Luis Régis. **Curso de direito penal brasileiro**, vol. 1: parte geral, art. 1º a 120. 5ª ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

\_\_\_\_\_. **Elementos de direito penal**: parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

\_\_\_\_\_. **Bem jurídico-penal e constituição**. 3 ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2003.

QUEIROZ, Paulo de Souza **Do caráter subsidiário do direito penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

\_\_\_\_\_. **Funções do direito penal**: legitimação versus deslegitimação do sistema penal. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

\_\_\_\_\_. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

\_\_\_\_\_. **Problemas fundamentais de direito penal**. Lisboa: Vega, 1986.

\_\_\_\_\_. **Teoria del tipo penal**: tipos abiertos y elementos del deber juridico. Buenos Aires: De Palma, 1979.

\_\_\_\_\_; ARZT, Gunther; TIEDEMANN, Klaus. **Introdução ao direito penal e ao direito processual penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. **Eficiência e direito penal**. Barueri: Manole, 2004.

SANTORO FILHO, Antônio Carlos. *Princípio da insignificância nos crimes patrimoniais: proposta de um critério para a sua aplicação*. **Boletim Jurídico**, Uberaba/MG, a. 3, nº 171. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1158>> Acesso em 25 abr. 2008.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **A criminologia crítica e a reforma da legislação penal**. Disponível em <http://www.cirino.com.br/artigos.htm>. Acesso em 1.09.2006.

\_\_\_\_\_. **A criminologia radical**. 3 ed. Curitiba: Lumen Júris, 2006.

\_\_\_\_\_. **A moderna teoria do fato punível**. 3 ed. Curitiba: Fórum, 2004.

\_\_\_\_\_, Juarez Cirino dos. **Teoria do crime**. São Paulo: Acadêmica, 1993.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SILVA, Ivan Luiz. **Princípio da insignificância no direito penal**. Curitiba: Juruá, 2004.

SMANIO, Gianpaolo Poggio. **Criminologia e juizado especial criminal**. São Paulo: Atlas, 1997.

TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

TELLES, Ney Moura. **Direito penal**: parte gral I. São Paulo: Editora de Direito, 1996.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

WEBER, Max. **Economia e sociedade** : fundamentos da sociologia compreensiva. 4. ed. São Paulo: UnB, 1999. v. 1.

WELZEL, Hans. **Direito penal**. Campinas: Romana, 2003.

\_\_\_\_\_. **Derecho penal: parte general**. Buenos Aires: Roque de Palma Editor, 1956.

\_\_\_\_\_. **O novo sistema jurídico-penal**: uma introdução à doutrina finalista. (Trad. Luiz Régis Prado). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

WESSELS, Johannes. **Direito penal parte geral**: aspectos fundamentais. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1976.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal**: Parte Geral, 3. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.